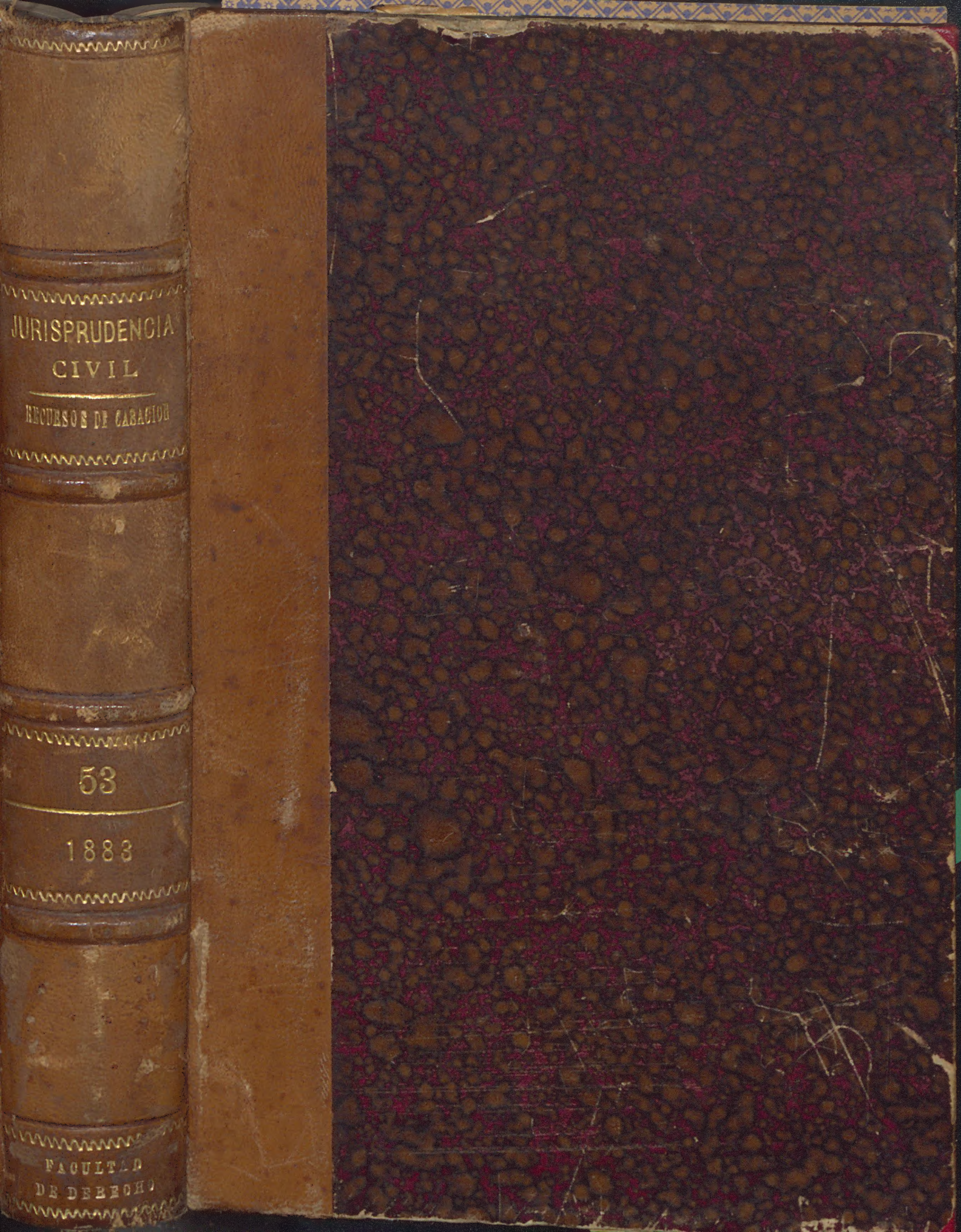
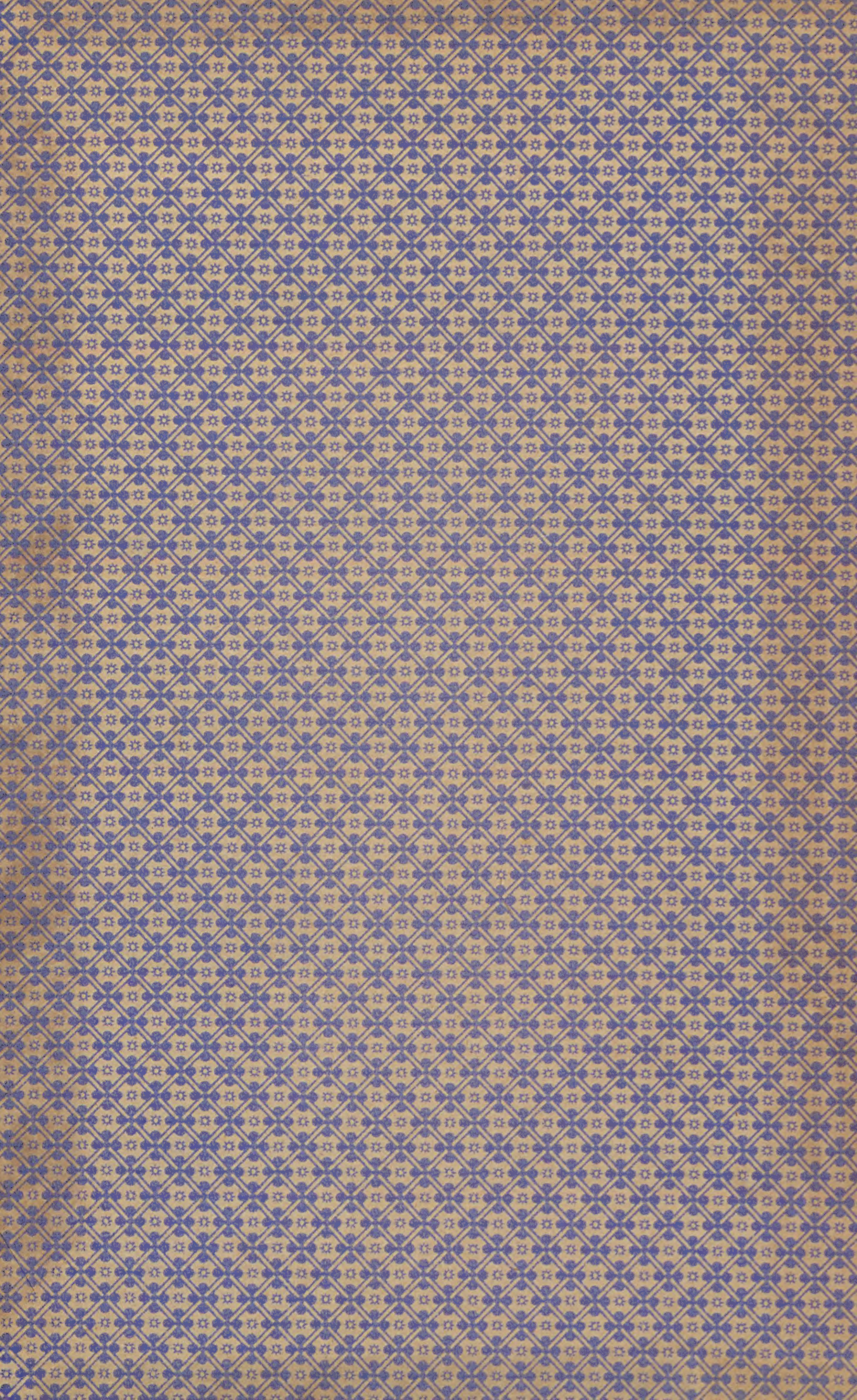

JURISPRUDENCIA
CIVIL
RECURSOS DE CASACION
53
1883
FACULTAD
DE DERECHO





BIBLIOTECA JURÍDICA

DE LA

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

(Sección de Jurisprudencia.)

JURISPRUDENCIA CIVIL

53

JURISPRUDENCIA CIVIL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

EN

RECURSOS Y COMPETENCIAS

correspondientes al año 1883.

259

Competencia (3 *de Setiembre de* 1883).—*Sala en vacaciones.*—PAGO DE PESETAS.—Se decide á favor del Juzgado municipal de Fuente Alamo la suscitada con el de igual clase de Alicante, sobre conocimiento del juicio verbal promovido por D. Francisco Imbernón contra Don Matías Aranda, y se resuelve:

1º *Que según lo dispuesto en la regla* 1ª *del art.* 62 *de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación;*

Y 2º *Que los servicios de hospedaje se satisfacen por punto general allí donde se prestan, por sobrentenderse esta condición.*

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Setiembre de 1883, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juez municipal de la ciudad de Alicante al de igual clase de la villa de Fuente Alamo de Cartagena sobre conocimiento del juicio verbal promovido por Don Francisco Imbernón contra D. Matías Aranda y Gil para pago de pesetas:

Resultando que D. Francisco Imbernón demandó en el Juzgado municipal de Fuente Alamo á D. Matías Aranda y Gil, vecino de Alicante, el pago de 205 pesetas que le adeudaba por razón de su hospedaje y del de sus dependientes en la casa del demandante, y citado Aranda en su domicilio de Alicante para la celebración del juicio verbal, acudió al Juzgado municipal de este último punto, proponiendo su inhibitoria de jurisdicción fundada en que en la demanda se ejercitaba una acción personal por razón de una obligación cuyo cumplimiento no constaba dónde debía verificarse:

Resultando que oído el Fiscal municipal que estuvo conforme con la solicitud de Aranda, dictó auto inhibitorio el Juez municipal de Alicante por el fundamento alegado por D. Matías Aranda:

Resultando que el demandante impugnó la inhibición alegando

que si bien no se había hecho constar documentalmente el lugar en que debiera cumplirse la obligación de que se trataba, era lo cierto que la costumbre tenía establecido que aquel que recibe de otro alguna suma ó cosa se halla obligado á devolvérsela en su pueblo y casa, á menos que se estipule otra cosa; y que en el caso actual existia además la circunstancia de que el demandado Aranda se había sometido tácita y expresamente á la jurisdicción de aquel Juzgado entregando al demandante en su domicilio 150 pesetas de las 355 de que procedían las que demandaba, y prometiéndole delante de los diferentes testigos que enumeró abonarle las 205 restantes en su misma casa sin necesidad de procedimiento judicial alguno:

Resultando que el Juzgado de Fuente Alamo acordó para mejor proveer recibir declaración á los testigos citados, los cuales en número de cinco afirmaron lo dicho por el demandannte; y que oído el Fiscal municipal, proveyó auto el Juez oponiéndose á la inhibitoria, por considerar que es Juez competente para conocer de las acciones personales el del lugar del punto donde ha de cumplirse la obligación, y que ese lugar en la cuestión de que se trata lo era aquella villa, en atención á las pruebas hechas y á las reglas más racionales del derecho, por más que no constase tal circunstancia ó condición documentalmente:

Resultando que el Juez de Alicante insistió en la inhibición, y que en su virtud uno y otro han remitido las actuaciones á este Supremo Tribunal:

Siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que según lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación:

Considerando que la de que se trata procede del hospedaje prestado en Fuente Alamo por D. Francisco Imbernón, de profesión mesonero, á D. Matías Aranda y sus dependientes, y que los servicios de esta clase se satisfacen por punto general allí donde se prestan por sobrentenderse esta condición;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de esta demanda corresponde al Juzgado municipal de Fuente Alamo, al que se remitan todas las actuaciones con la certificación correspondiente, comunicándose esta resolución al Juez municipal de Alicante; y publíquese en la *Gaceta de Madrid* dentro de los 10 días siguientes al de su fecha, y á su tiempo en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias.—(Sentencia publicada el 3 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Octubre del mismo año.)

260

Competencia (10 *de Setiembre de* 1883).—*Sala en vacaciones.*—PAGO DE CANTIDAD.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Madrid la suscitada con el de igual clase de Sarriá, sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Miguel Pereira contra D. Benito Arias, y se resuelve:

Que según lo dispuesto en la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación.

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Setiembre de 1883, en la competencia pendiente ante Nos promovida por el Juez de primera instancia de Sarriá al de igual clase del distrito de la Universidad de esta corte sobre conocimiento de la demanda deducida por D. Miguel Pereira Arias contra D. Benito Arias y Fernández sobre pago de cantidad:

Resultando que obtenido por D. Miguel Pereira Arias en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta corte, á quien correspondió en turno, el beneficio de litigar como pobre con D. Benito Arias y Fernández, que no compareció en dicho incidente, entabló demanda para que se le condenase al pago de la cantidad de 7.613 reales, intereses y costas, á que ascendían los comestibles que entregó á D. Benito Arias, y éste recibió, y que el demandante tenía depositados en una tienda de la calle del Alamo para surtir la de la calle del Pez, núm. 38, de esta corte, que tomó en traspaso con la obligación de satisfacerle su importe, que era el de 30.000 reales; habiéndose marchado Arias á su país, después de ceder la tienda á su dependiente mayor sin haberle satisfecho el importe de dichos géneros, á cuenta de los cuales había cobrado solamente 22.883 reales, dejándole además á deber 496 del alquiler de la tienda:

Resultando que emplazado el demandado en el Juzgado de Sarriá, al que corresponde el pueblo de San Juan de Muro, de que es vecino, propuso inhibitoria que fundó en que en la demanda se ejercitaba una acción personal y él tenía su domicilio dentro de aquel partido:

Resultando que oído el Promotor fiscal, acordó el Juez de Sarriá requerir de inhibición al de esta corte por considerar que en los juicios en que se ejercitan acciones personales es Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él aunque accidentalmente pudiera hacerse el emplazamiento, y en este caso se desconocía el lugar en que debiera cumplirse la obligación, y además el demandado no se hallaba en el lugar del contrato:

Resultando que el Juez de esta corte, oídos el demandante y el Promotor fiscal, accedió á la inhibición; pero interpuesta apelación por aquél, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Madrid revocó en 4 de Enero del corriente año el auto apelado, declarando que el conocimiento de la demanda correspondía al Juez del distrito de la Universidad, á quien ordenó sostuviese su competencia, fundándola en que el contrato originario de la acción ejercitada se celebró en esta corte, donde se celebró la entrega de los géneros cuyo importe se reclamaba, y que en el lugar del contrato han de cumplirse las obligaciones que de él se deriven:

Resultando que en su virtud el Juez de Madrid se negó á la inhibición, y que habiendo insistido en ella el de Sarriá, han remitido uno y otro las actuaciones á este Supremo Tribunal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que según lo dispuesto en la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación:

Considerando que la acción que en estos autos se ejercita es personal, y que el contrato de donde se deriva produjo una obligación que debía cumplirse en Madrid, puesto que aquí recibió los géneros D. Benito Arias y aquí los ha devuelto en parte, siendo evidente que en Madrid debe pagar el resto, según reconocimiento implícito de la partes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juzgado de la Universidad de esta corte, al que se remitan unas y otras actuaciones para que las continúe y proceda con arreglo á derecho; siendo las costas ocasionadas de cuenta respectiva de las partes, participándose esta resolución al Juzgado de Sarriá.—(Sentencia publicada el 10 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 11 de Octubre del mismo año.)

261

Recurso de casación (19 *de Setiembre de* 1883).—*Sala tercera.*—NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—No se admite el interpuesto por D. Jerónimo Fernández Buenache con D. Pedro Pagán (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que según los artículos* 1689 *y* 1690, *núm.* 1°, *el recurso de casación por infracción de ley se da contra las sentencias definitivas y las que resolviendo un incidente hagan imposible la continuación del pleito*;

Y 2° Que el auto por el que se accede al requerimiento de inhibición no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.

Resultando que deducida en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Inclusa de esta corte por D. Jerónimo Fernández Buenache demanda de nulidad de un testamento contra D. Pedro Pagán, en concepto de curador de D. Francisco Rosique y Pagán, fué requerido de inhibición aquel Juzgado en el conocimiento de dicha demanda por el de igual clase del distrito de San Juan de Murcia:

Resultando que por auto de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este territorio en 9 de Marzo último, confirmatorio del dictado por el Juez de la Inclusa, se accedió á la inhibición propuesta, y con certificación de ambos interpuso D. Jerónimo Fernández recurso de casación por infracción de ley, á cuya admisión se opuso el Ministerio fiscal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que según los artículos 1689 y 1690, núm. 1°, el recurso de casación por infracción de ley se da contra las sentencias definitivas y las que resolviendo un incidente hagan imposible la continuación del pleito:

Considerando que el auto contra el que se recurre no pone término al juicio ni hace imposible su continuación;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Jerónimo Fernández Buenache, á quien se condena al pago de las costas: líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido; y publíquese este auto en la *Gaceta* y en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias.—(Sentencia publicada el

19 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 11 de Octubre del mismo año.)

262

Recurso de casación (25 *de Setiembre de* 1883).—*Sala primera.*—INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.—No ha lugar al interpuesto por la Compañía de Seguros *La Unión* y *el Fénix Español* con D. Francisco Boronat (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que es firme para todos los efectos legales el auto que decide un incidente de competencia si contra lo que ordena no se ha utilizado recurso alguno legal.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Setiembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este territorio por D. Francisco Boronat y Latorre, propietario y litógrafo, vecino de esta capital, representado por el Procurador D. Julián Muñoz y Miguel, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel Pedregal y Cañedo, con la Compañía de seguros reunidos *La Unión* y *el Fenix Español*, domiciliada en esta corte, representada y defendida por el Procurador D. Francisco Sánchez Morayta y el Licenciado D. Tomás María Mosquera, sobre indemnización de perjuicios causados con motivo de un incendio:

Resultando que la Compañía de seguros reunidos *La Unión* y *el Fénix Español* aseguró á D. Francisco Boronat y Latorre, por pólizas de 10 de Agosto de 1874, 29 de Junio de 1875 y 23 de Junio de 1876, refundidas luego en una sola contra incendios, un establecimiento litográfico con sus enseres correspondientes y colecciones de libros que ocupaban el sótano, planta baja, patio y cuarto principal de la casa núm. 3 de la costanilla de Santa Teresa de esta capital, siendo una de las condiciones que los daños causados por el fuego se arreglarían amistosamente ó se valuarían después de una tasación contradictoria por dos peritos elegidos, uno por cada parte, ya en el lugar del incendio, ya en otro sitio, y en caso de no avenirse nombrarían éstos un tercero y los tres obrando en común y á mayoría de votos, y cuando una de las partes no nombrase un perito ó los dos designados no estuvieran de acuerdo sobre la elección de tercero, éste sería nombrado por el Juez de primera instancia del sitio donde se firmara la póliza á ruego de la *parte más diligente*; siendo en todo caso los gastos de reconocimiento pericial y tasación por mitad entre la Compañía y el asegurado:

Resultando que en 28 de Agosto de 1879 ocurrió un siniestro en el establecimiento asegurado, y nombrados los peritos que tasasen los daños, D. Carlos Andrés de Castro, por parte de la Compañía, y Don Próspero Chanderlot, no pudiendo tener un acuerdo y tampoco lo consiguieron para el nombramiento de tercer perito, por lo que levantaron por duplicado la oportuna acta en que así constaba:

Resultado que con copia de dicha acta acudió al Juzgado de primera instancia de Buenavista el asegurado D. Francisco Boronat en es-

crito presentado en 18 de Noviembre con fecha 18 de Agosto de 1879, pretendiendo el nombramiento de tercer perito que dirimiese la cuestión pendiente entre los designados por las partes conforme á lo establecido en los estatutos de la Compañía; y por ésta se presentó con fecha 17 del mismo mes al Juzgado de la Inclusa otro escrito con igual solicitud: que por providencia del día 20 se designó por el Juez de Buenavista á D. Luciano Monet como perito tercero, y por el Juzgado de la Inclusa, en providencia del 17 del mismo mes, se nombró al Ingeniero industrial D. Antonio Montenegro; con cuyo motivo, y habiendo acudido Boronat al Juzgado de Buenavista pidiendo que se requiriera al de la Inclusa para que se inhibiese del conocimiento de las diligencias promovidas por la Compañía, anulando el nombramiento de tercero en discordia hecho por el mismo, y obligando á la Compañía á que aceptase el designado por el Juzgado de Buenavista, se suscitó competencia, que fué decidida por la Audiencia en auto del 19 de Marzo de 1880 declarando competente al Juzgado de Buenavista para hacer el nombramiento del tercer perito por ser el del domicilio legal de la Sociedad y del lugar dondo ocurrió el siniestro:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado de Buenavista se hizo saber á petición de Boronat al perito D. Luciano Monet el nombramiento que se había hecho á su favor para dirimir la discordia y que cumpliera con su cometido; y así lo verificó evaluando los perjuicios causados por el incendio en el establecimiento de Boronat en 97.340 pesetas 27 céntimos:

Resultando que después de la práctica de ciertas actuaciones, previo acto de conciliación sin resultado, en 13 de Noviembre de 1881 Don Francisco Boronat dedujo demanda, y después de hacer mérito de los antecedentes relacionados y por los fundamentos de derecho que estimó conducentes, pidió que se condenase á la Compañía de seguros La Unión y el Fénix á pagar al demandante la cantidad de 97.340 pesetas 27 céntimos como indemnización de los daños sufridos por el incendio, y además los intereses legales desde el 28 de Setiembre de 1880, y las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á la Compañía de Seguros reunidos La Unión y el Fénix Español le evacuó exponiendo que el perito D. Antonio Montenegro, nombrado por el Juez de la Inclusa, prestó su declaración en 6 de Diciembre de 1879, á la cual se adhirió el perito de la Compañía y se le remitió con carta de 16 del mismo mes, poniendo á su disposición la suma de 54.780 pesetas 74 céntimos, á cuya carta no contestó Boronat, y persistió en hacer prevalecer el nombramiento del perito Monet siguiendo la cuestión de competencia; requerido á Monet prestó su declaración evaluando por sí solo, con infracción del art. 18 de la póliza, los daños causados en 97.340 pesetas con 27 céntimos, y en su consecuencia Boronat formuló varias pretensiones para que se obligara de plano á la Compañía al pago de la suma referida, y después de alegar, entre otros fundamentos de derecho, el art. 18 de la póliza, pidió que se dejara sin efecto la tasación practicada por D. Luciano Monet, y se declarase que la Sociedad sólo estaba obligada á satisfacer como importe de las pérdidas causadas en el incendio de que se trata la cantidad de 54.780 pesetas 74 céntimos en que fueron tasadas y evaluadas por D. Antonio Montenegro nombrado perito tercero por el Juzgado de la Inclusa, á cuya tasación se adhirió el perito de la Compañía, y que se absolviera á la misma de la

demanda en cuanto excedía de la suma fijada en aquel documento, y de todas las demás reclamaciones deducidas por el actor, á quien se impusiera perpetuo silencio y las costas:

Resultando que renunciado por las partes el trámite de réplica y dúplica, y seguido el juicio por dos instancias, la Sala primera de la Audiencia del distrito, por sentencia de 6 de Diciembre de 1882, confirmatoria en parte de la del Juez de primera instancia, condenó á la Compañía de seguros reunidos La Unión y el Fénix Español á que dentro del término de 10 días satisfaga á D. Francisco Boronat y Latorre la cantidad de 97.340 pesetas 27 céntimos en que han sido justipreciados por el perito tercero D. Luciano Monet los daños causaods por el incendio en su establecimiento litográfico de la casa núm. 3 de la costanilla de Santa Teresa, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que por parte de la Compañía de seguros La Unión y le Fénix Español se interpuso recurso de aasación, por haberse en su concepto infringido:

1° El art. 111 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, el 285 de la orgánica del Poder judicial y la doctrina á su tenor establecida en sencias de este Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1863, 27 de Noviembre de 1869, 12 de Enero de 1871, 14 de Marzo de 1873, 10 de Febrero de 1875 y otras, por cuanto en el fallo recurrido se asienta como premisa esencial de la resolución contenida en el mismo que la cuestión suscitada en este asunto sobre competencia para hacer el nombramiento de perito tercero está prejuzgada por el auto que la Audiencia dictó en 19 de Marzo de 1880, el cual se califica de firme contra la letra y espíritu de las citadas prescripciones, consignando además que sobre dicha cuestión no cabe discutir, y añadiendo, en su consecuencia, que la tasación practicada por D. Luciano Monet fué válida y debe producir todos los efectos legales:

2° El axioma jurídico *pacta sunt servanda*, consagrado por los principios fundamentales de derecho por la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y por la jurisprudencia constante, por cuanto en el antedicho auto de 19 de Marzo, confirmatorio del de primera instancia y base fundamental de la sentencia recurrida, se interpretó erróneamente tergiversando su verdadero y genuíno sentido, la condición 18 de la póliza de seguros sobre que versa el pleito, la cual textualmente dice: «que cuando una de las partes no nombre su perito, ó los dos peritos designados no estén de acuerdo sobre la elección del tercero, entonces éste será nombrado por el Juez de primera instancia del sitio en que ha sido firmada la póliza á ruego de la parte más diligente», de modo que la competencia quedó terminada por estas dos condiciones, mayor diligencia de cualquiera de los interesados en pedir el nombramiento y que el Juez á quien se acudiese lo fuese del sitio en que se firmó la póliza; y como es evidente que la Compañía aseguradora acudió al Juzgado de la Inclusa y obtuvo de él el nombramiento del perito antes de que el asegurado alcanzase otro igual del de Buenavista, y tampoco puede ponerse en duda que el Juez de aquel distrito lo era y es, como los demás de Madrid, del sitio en que la referida póliza se firmó y de todos los demás puntos de la población, estando facultado en la época en que tales nombramientos se efectuaron para conocer á *prevención* de los actos de jurisdicción voluntaria que ocurriesen en todo el partido judicial, como actualmente lo estaban también, *previo repartimiento*, de aquí el manifiesto error de la interpretación, la *vio*-

lación del contrato que es ley en la materia, y la infracción de las precitadas disposiciones y doctrina:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que las partes están conformes en los hechos que sirvieron de fundamentos á la sentencia recurrida, no habiendo entre ellos otra diferencia que acerca de la fuerza legal que tenga la resolución recaída en el incidente de competencia habido entre los Juzgados de la Inclusa y de Buenavista para el nombramiento de perito tercero:

Considerando que el auto de 19 de Marzo de 1880 que declaró ser el Juzgado de Buenavista el competente para hacer el nombramiento de perito tercero fué firme para todos los efectos legales, una vez que contra lo que ordena no se ha utilizado recurso alguno legal, y por ello la sentencia que da valor á lo declarado por D. Luciano Monet nombrado para el caso por el Juez de Buenavista no infringe las leyes y doctrina que se invocan en los dos motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Compañía de seguros *La Unión y el Fénix Español*, á la que condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 25 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Noviembre del mismo año.)

263

Recurso de casación (25 *de Setiembre de* 1883).—*Sala primera.* Reclamación de herencia.—No ha lugar al interpuesto por Doña María Ventura con D. Elosio Pacaren (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que la constitución* 1ª, *tít.* 2°, *libro* 5°, *volumen* 1°, *de las vigentes en Cataluña dispone que sean nulos, de ningún valor é irritos* ipso jure *los instrumentos otorgados por los hijos á favor de los padres en disminución, derogación ó perjuicio del heredamiento ó donación hecho ó para hacer á sus hijos en tiempo de bodas, prohibiendo á los Escribanos que reciban tales instrucciones:*

2° *Que de un acto que por el ministerio de la ley es nulo no pueden nacer obligaciones ni derechos que den por supuesta su validez;*

Y 3° *Que el respeto debido á la voluntad del hombre manifestada en un testamento otorgado con las solemnidades legales, no puede convalidar las disposiciones en el mismo testamento contenidas que sean contrarias á la ley, y por ésta declaradas írritas* ipso jure.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Setiembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera iestancia de Figueras y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Elosio Pacaren y Pont, conocido por Luis, curtidor, vecino de la ciudad de Figueras, con Doña María Ventura y Sabater, viuda de D. Jaime Pacaren, vecina de Llausá, por sí y como representante de su hija menor Doña María de las Nieves Pacaren y Ventura, sobre reclamación de herencia; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de la Doña María Ventura por el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Licenciado

D. Antonio Rodó, habiendo representado y defendido al D. Elosio Pacaren el Procurador D. Ignacio de Santiago y el Doctor D. José Carvajal:

Resultando que en 7 de Agosto de 1866, y con motivo del matrimonio que debía celebrarse entre D. Luis Pacaren y Pont y Doña María Oriol Pacaren y Heras, se otorgaron capitulaciones matrimoniales en las cuales D. Jaime Pacaren y Doña Emerenciana Pont hicieron donación y heredamiento de todos los bienes y derechos que tendrían en el día de su respectiva muerte y de los que pudieran después corresponderles por sucesión ú otro motivo á favor de su hijo el repetido Luis Pacaren y Pont, estableciendo, entre otras condiciones, que el heredero y donatario habría de cumplir los legados que los donadores tal vez hicieren en testamento mientras no excediesen los del D. Jaime de 320 rs. y los de Doña Encarnación de 200 rs.; que si el donatario Don Luis y su padre D. Jaime quisieren vivir separados y formando dos familias, el último se obligaba á entregar á aquél 20 rs. diarios con tal que trabajase bajo sus órdenes en su casa y fábrica, pero mientras viviesen juntos le mantendría con su futura esposa é hijos en todo lo necesario al igual suyo trabajando todo lo posible á favor de D. Jaime; y que si el donatario D. Luis muriese con hijos que llegasen á la edad de testar, dispondría libremente de la herencia de sus padres; pero en falta de tales hijos sólo podría hacerlo de la mitad de dicha herencia y además de la cantidad de 16.000 rs., jurando y prometiendo cumplir y no revocar dicha donación y heredamiento que aceptó el D. Luis; que en este contrato intervinieron los consortes D. Abdón Oriol y Doña María Oriol y Heras y ésta constituyó en dote al D. Jaime Pacaren la cantidad de 32.000 rs. prometida por sus padres:

Resultando que por escritura de 26 de Setiembre de 1876 los padres é hijo D. Jaime y D. Elosio Pacaren, después de hacer mérito de las cláusulas y condiciones consignadas en las expresadas capitulaciones matrimoniales, en atención á que el D. Jaime había contraído matrimonio con Doña María Ventura, del que tenía una hija, y juzgando conveniente modificar el heredamiento contenido en aquéllas, atendiendo al bienestar de la familia, convinieron en revocar y revocaron la donación que el primero otorgó al segundo con motivo del matrimonio del último con Doña María Oriol; y en pago de la legítima paterna correspondiente al D. Elosio, y en equivalencia del interés en cuantía incierta que le atribuía la expresada donación, le donó su padre D. Jaime, entre otros, dos inmuebles de valor 8.850 pesetas, varios derechos reales que representaban un capital de 7.200 pesetas y la suma de 10.666 pesetas 66 céntimos, parte de la cual, ó sean 2.500 pesetas no debía percibir hasta después de la muerte del padre; en este contrato intervino también Doña María Oriol y Heras, consorte del Elosio, al exclusivo objeto de convenir con éste y con su padre D. Jaime en que la constitución dotal de 8.000 pesetas que hizo al último en las capitulaciones se entendiese constituída á favor del D. Elosio:

Resultando que D. Jaime Pacaren y Guanter falleció en Llansá en 23 de Febrero de 1879, bajo testamento otorgado en 6 de Agosto de 1878, y en el que declarando que su hijo D. Elosio tenía señalada su legítima paterna en la citada escritura de revocación de donación, legó á su esposa Doña María Ventura el entero usufructo de todos sus bienes y la cantidad de 1.000 pesetas, legó á su nieto Jaime Pacaren y Oriol un crédito de 8.000 pesetas, y nombró heredera universal á su hija María de las Nives Pacaren y Ventura:

Resultando que en 6 de Setiembre de 1879 D. Elosio Pacaren y Pont dedujo demanda, en la que expuso que en las escrituras que otorgan los hijos á favor de sus padres en disminución, derogación ó perjuicio del heredamiento ó donación hecho á favor de los hijos por los padres por causa de matrimonio, es nula, írrita *ipso jure*, quedando prohibida su otorgación á los Notarios; que es condicional la obligación cuando se la hace depender de un suceso futuro, siendo condición resolutoria cuando se llenan las condiciones; y concluyó cuando la suspende el suceso de que depende hasta que éste tenga lugar; que los contratos sólo son eficaces pretendiendo que declarándose en definitiva nula é írrita la revocación de donación otorgada en 26 de Setiembre de 1876 entre D. Elosio Pacaren y su padre D. Jaime y el testamento otorgado por éste en 6 de Agosto de 1878 en cuanto se oponía á la donación y heredamiento y demás pactos contenidos en las capitulaciones matrimoniales de 7 de Agosto de 1866, otorgadas con motivo del enlace de D. Elosio con Doña María Oriol, la que se declarase subsistente, se condenase á Doña María Ventura y Sabartés, por sí y como representante de su menor hija, á que le entregase todos los bienes dejados por el difunto D. Jaime Pacaren, con los documentos y papeles y los frutos producidos ó debidos producir desde la demanda, y al pago de todas las costas:

Resultando que Doña María Ventura contestó á la demanda, y fundándose en los mismos documentos que el demandante alegó que es un principio de derecho que debe observarse y cumplirse lo pactado y convenido: que los contratos y convenios pueden disolverse por los mismos trámites ó procedimientos que se constituyeron: que esto supuesto, la donación hecha por voluntad de D. Jaime Pacaren á favor de su hijo D. Elosio pudo disolverse y revocarse por la misma voluntad de ambos: que si bien la constitución 1ª, tít. 2º, libro 5º, volumen 1º de las de Cataluña prohibe disminuir, derogar, perjudicar las donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales, no prohibe mejorar á los donatarios en ellas ó hacerles de mejor condición: que este Tribunal Supremo ha fijado en varias sentencias este sentido como el verdadero de la constitución dicha y el único en que debe tomarse: que nunca ha sido prohibida en absoluto la modificación, derogación ó revocación de una donación hecha en capítulos matrimoniales sino cuando con ellos se perjudica al donatario, siendo al contrario válidas y teniendo toda su fuerza y vigor tales derogaciones ó revocaciones si por ellas sale aquél beneficiado: que la de que se trata es válida y tiene toda su fuerza y vigor por haber sido favorable y beneficiosa al donatario D. Elosio; y que siendo válida dicha revocación de donación, es igualmente válido el testamento de D. Jaime Pacaren; por todo lo que, y ejercitando la acción que nace del testamento, pidió que se absolviera á Doña María Ventura de la demanda deducida por D. Elosio Pacaren, á quien se impusiera silencio y callamiento perpetuo, declarando válida y eficaz la revocación de donación y el testamento de D. Jaime Pacaren, con las demás declaraciones consiguientes, con imposición de las costas al actor:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes insistiendo en sus respectivas pretensiones y alegaciones, se practicaron las pruebas propuestas por las mismas; y unidas, el Juez de primera instancia, por sentencia de 18 de Junio de 1881, declaró nula é írrita la escritura de revocación otorgada entre D. Jaime Pacaren y Guanter y D. Elosio Pacaren y Pont en 26 de Setiembre de 1876 y el testamento otorgado

por dicho D. Jaime en 6 de Agosto de 1878, en cuanto se oponga á la donación y heredamiento y demás pactos convenidos en las capitulaciones matrimoniales de 7 de Agosto de 1866 otorgadas con motivo del enlace de D. Elosio con Doña María Oriol y Heras, cuya donación y heredamiento se declararan subsistentes, y condenó á Doña María Ventura y Sabartés en las calidades expresadas á que entregase al propio Don Elosio Pacaren y Pont todos los bienes dejados por el D. Jaime Pacaren y Guanter, en el día de su muerte, ocurrida en 23 de Febrero de 1879, junto con los documentos y papeles y los frutos percibidos y podidos percibir desde el día de la contestación de la demanda, salvo á Doña María de las Nieves Pacaren, la legítima paterna que les corresponda con los créditos correspondientes y el cumplimiento por parte de D. Elosio de las demás obligaciones impuestas en las referidas capitulaciones matrimoniales; sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 22 de Noviembre de 1882, por parte de Doña María Ventura Sabartés se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1° La constitución 1ª, tít. 2°, libro 5°, volumen 1°, y la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en sentencias de 13 de Febrero de 1863 y 10 de Julio de 1876, en cuanto la sentencia considera absolutamente irrevocables las capitulaciones matrimoniales ó heredamientos, siendo así que dicha constitución catalana sólo tiene aplicación en el caso de originarse un perjuicio ó fraude por actos del donante ó confabulación entre el donante y donatario, cuando en el presente caso ha ocurrido todo lo contrario:

2° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación; el principio de derecho *pacta sunt servanda*; la ley 23 Digesto *De regulis juris*; la ley 1ª, tít. 11, Partida 5ª, y la jurisprudencia sentada en multitud de sentencias de este Tribunal Supremo, entre ellas, las de 14 y 28 de Junio, 30 de Noviembre y 5 de Diciembre de 1860, 18 de Marzo de 1863, 28 de Mayo de 1864, que sostienen la eficacia y validez de los pactos y la imposibilidad en que se halla todo aquel que los realiza para ir en contra de ellos, en cuanto reconoce al demandante que contrató con su padre la sustitución del heredamiento de lo que dejara al morir con la donación entre vivos que aceptó y que se consumó el derecho de venir contra ella, á pesar de haberla disfrutado hasta la muerte de su padre:

3° La 32 del Digesto *De heredibus instituendis*; ley 4ª, Digesto *qui testamenta facere possunt, institutionis de testamentis ordinandis*; ley 1ª, tít. 1°, Partida..., y la jurisprudencia sentada, entre otras sentencias, en la de 24 de Marzo de 1863, que establecen que la última voluntad del hombre hecha en testamento con las solemnidades legales debe *respetarse y cumplirse* como ley inviolable *entre los interesados*, al considerar sin valor alguno el último y válido testamento del D. Jaime Pacaren:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la constitución 1ª, tít. 2°, libro 5°, volumen 1° de las vigentes en Cataluña dispone que sean nulos, de ningún valor é írritos *ipso jure* los instrumentos otorgados por los hijos á favor de los padres en disminución, derogación ó perjuicio del heredamiento ó donación hecho, ó para hacer á sus hijos en tiempo de bodas, prohibiendo á los Escribanos que reciban tales instrumentos; y que atemperándose

á estas disposiciones, la Sala sentenciadora declara en la sentencia recurrida nula é írrita la escritura de 26 de Setiembre de 1876 y el testamento otorgado por D. Jaime Pacaren y Guanter en 6 de Agosto de 1878, en cuanto se oponga á la donación y heredamiento y demás pactos contenidos en las capitulaciones matrimoniales de 7 de Agosto de 1866, otorgadas con motivo del matrimonio de D. Elosio con Doña María Oriol y Heras, por cuya razón no puede decirse infringida la citada constitución ni las sentencias que juntamente con ella se invocan como primer motivo de casación:

Considerando que de un acto que por el ministerio de la ley es nulo no pueden nacer obligaciones ni derechos que den por supuesta su validez, por lo cual no han sido infringidas ni la ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, ni el principio de derecho *pacta sunt servanda*, ni las demás leyes, ni las sentencias de este Tribunal aducidas como segundo motivo de casación, pues para ello sería preciso partir del supuesto de la validez y eficacia de la mencionada escritura de revocación de las capitulaciones matrimoniales que, como se ha dicho, es nula *ipso jure*:

Considerando, por último, en cuanto al tercer motivo de casación invocado, que son inaplicables al caso las leyes y doctrinas que en él se alegan, porque el respeto debido á la voluntad del hombre, hecha en un testamento otorgado con las solemnidades legales, no puede convalidar las disposiciones en el mismo testamento contenidas, que sean contrarias á la ley, y por ésta declaradas írritas *ipso jure*;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Ventura, viuda de Don Jaime Pacaren, en nombre propio y como madre de Doña María de las Niéves Pacaren y Ventura: condenamos á la recurrente en todas las costas del presente recurso y á la pérdida del depósito constituído, al cual se dará la aplicación señalada por la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 25 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Noviembre del mismo año.)

264

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (25 *de Setiembre de* 1883).—*Sala tercera.*—EJECUCIÓN.—No ha lugar al interpuesto por Doña Micaela Valdés con D. José Contreras (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que haciéndose consistir la falta de personalidad alegada por el demandado recurrente en el hecho de haberse cedido el crédito que se le ha reclamado, cuando por su naturaleza no endosable no podia verificarse la cesión ó surtir sus efectos sin su intervención ó conocimiento, es evidente que aunque esto fuera cierto, constituiría falta de acción en el demandante, pero no lo arriba expresado, y que no se está por tanto en el caso del núm. 2º del art. 1013 *de la ley de Enjuiciamiento civil.*

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Setiembre de 1883, en el pleito ejecutivo seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la

Audiencia de su territorio por D. José Contreras y García con Doña Micaela Valdés y Argana, vecinos ambos de dicha ciudad; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por el Licenciado D. Rafael María de Labra y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana en defensa y representación de Doña Micaela Valdés; habiendo sido defendido y representado en este recurso el ejecutante por el Licenciado D. Agustín Ondovilla y el Procurador D. Manuel Ordóñez:

Resultando que por escritura otorgada en la Habana á 17 de Octubre de 1879 D. José Francisco Ramos Almeida, en nombre y como apoderado de Doña Micaela Valdés Argana, declaró haber recibido de Don Enrique Monterdi para su representada la cantidad de 1.900 pesos en oro del cuño español, que le había suplido y prestado sin premio alguno, constituyéndola deudora de dicha suma, que pagaría á razón de 102 pesos mensuales; debiendo hacer la primera entrega el día 28 de Febrero de 1880, y sucesivamente los demás el día último de los meses sucesivos, entregando al acreedor en el acto 18 recibos de alquiler de la casa, calle de Ricla, núm. 97, y otro recibo de 64 pesos oro, parte del alquiler de la propia casa, y con el que se completaba el importe total de la suma adeudada; y si el inquilino dejase de satisfacer uno ó más recibos de los alquileres cedidos en pago, abonaría la deudora las mensualidades convenidas; escritura que aceptó D. Enrique Monterdi, dándose por entregado de los recibos, y que fué anotada en la oficina de hipotecas:

Resultando que D. Enrique Monterdi por escritura de 22 de dicho mes de Octubre, teniendo negociada la suma indicada con D. José Contreras y García por otra igual cantidad de 1.900 pesos oro, que de él había recibido, se la cedió y traspasó con todos sus derechos y acciones en la forma que aparecía de la escritura mencionada, confiriéndole al efecto el poder más amplio é irrevocable que para ello se requiriera; escritura que aceptó Contreras, dándose por entregado de los recibos antes expresados:

Resultanto que fundado D. José Contreras en que desde Junio de 1880 no había verificado pago alguno Doña Micaela Valdés, estando vencidas las mensualidades de Julio, Agosto y Setiembre, y hallándose obligada á su abono, caso de no hacerlo los inquilinos, dedujo demanda en 25 de Octubre de dicho año 1880, solicitando que se despachase ejecución contra los bienes de la citada Doña Micaela por la cantidad de 306 pesos en oro, sus intereses al tipo legal y las costas:

Resultando que despachada la ejecución y citada de remate Doña Micaela Valdés, se opuso á la ejecución, y alegó las excepciones de falsedad del título ejecutivo, de pago y de falta de personalidad, exponiendo en cuanto á esta última, que el ejecutante carecía de ella porque no se trataba de ningún documento al portador, en el cual el que lo firmaba aceptaba anticipadamente el endoso que de él se hacía, sino de un crédito no endosable, cuyo dueño no podía cederle sino en la forma que la ley determinaba, ó fuera sujeto á todas las excepciones que pudieran oponerse al mismo: que no había contratado con Contreras, sino en su caso con Monterdi; y estando éste satisfecho, no era posible admitir la dualidad que parecía pretenderse:

Resultando que el ejecutante D. José Contreras contradijo las excepciones opuestas, alegando, en cuanto á la falta de personalidad, que Doña Micaela Valdés había aceptado la cesión hecha á Contreras desde

el momento en que le ha pagado algunos recibos y pedido esperas por los pendientes: que todos los derechos eran trasmisibles siempre que se observasen las leyes establecidas para cada caso: que nadie podía ir contra los actos ejecutados por él con perfecto derecho; y que el que había reconocido la validez de un acto no podía ir contra él, invocando leyes y doctrinas á que había renunciado:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia de remate la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 18 de Octubre de 1881:

Resultando que Doña Micaela Valdés interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma sin constituir depósito, fundado en la causa 2ª del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea en la falta de personalidad de D. José Contreras para demandar á la recurrente, con la cual no había celebrado contrato alguno, pues no siendo endosable el crédito de Monterdi, la venta de créditos no endosables no producía efecto respecto del deudor hasta que le fuese notificada en forma ó la consintiese extrajudicialmente, reservando su obligación en favor del cesionario:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que no existe la falta de personalidad alegada por la parte recurrente, toda vez que haciéndose consistir en el hecho de haberse cedido el crédito que se le ha reclamado, cuando por su naturaleza no endosable no podía verificarse la cesión ó surtir sus efectos sin su intervención ó conocimiento, es evidente que aunque esto fuera cierto constituiría falta de acción en el demandante, pero no lo arriba expresado:

Considerando que no se está por tanto en el caso del núm. 2º del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil, que regía á la sazón en Cuba, y por consiguiente que no procede el recurso de casación por quebrantamiento de forma de que se trata como fundado en dicha disposición;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Doña Micaela Valdés y Argana, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 25 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Octubre del mismo año.)

265

Recurso de casación en asunto de Ultramar (26 *de Setiembre de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE UN SEGURO.—No ha lugar al interpuesto por D. Antonio Soberón con el Gerente de la razón social *J. C. Schmidt y compañía* (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que sólo procede el recurso de casación contra la apreciación de las pruebas cuando haya habido error de derecho ó error de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador*;

Y 2º Que la verdadera ley del contrato en el de seguros es la póliza del mismo.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Setiembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Guadalupe de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Antonio Manuel Soberón y Vara, vecino y del comercio de dicha ciudad, en el concepto de Depositario de la quiebra de la Sociedad *Galcerán, Junquera y compañía*, con D. Francisco Carlos Schmidt, Gerente de la razón social *J. C. Schmidt y compañía*, de la plaza de la Habana, representante de la Sociedad de seguros contra incendios *Hamburgo-Bremesa*, de la plaza de Hamburgo, sobre pago de un seguro; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Rosendo Macaya y el Procurador D. Federico Grases Riera, en defensa y representación de la parte demandante, habiéndolo sido en este recurso la demandada por el Licenciado D. Manuel Pedregal y Cañedo y el procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez:

Resultando que en 1º de Mayo de 1875 la Sociedad Galcerán, Junquera y compañía aseguró contra incendios por el término de un año, en cantidad de 25.000 duros mediante una prima de 500, el almacén de víveres que tenía en el núm. 58 de la calle de los Oficios de la ciudad de la Habana, consignándose en la póliza las siguientes condiciones entre otras: décima, el seguro por sí solo no da prueba ni presunción de la existencia de los efectos asegurados, necesitando el asegurador para averiguar el daño pruebas exactas y auténticas de que la situación y construcción de las localidades eran como resultaban declaradas en la póliza, de la causa del incendio en cuanto fuese posible aclararla, y de la cantidad y del valor de efectos asegurados existentes en el momento anterior al siniestro, así como de los efectos destruídos y perdidos por el incendio y de los averiados y salvados, cuyas puebas se habían de hacer no estando el asegurado en estado de facilitarlas, como por ejemplo, por sus libros, facturas, etc., etc.; por certificación de las Autoridades; por declaraciones firmadas, en vez de juramento de parte del asegurado, y certificadas por dos testigos de buena fe, y en cuanto fuese posible por extractos legalizados de los libros de comercio; y que las tasaciones de los objetos salvados, averiados y quemados se harían, conforme al sentido del párrafo octavo, por dos árbitros imparciales que nombrarían un tercero de antemano para el caso de que fuesen de diferentes opiniones; y décimatercera, después de haberse fiajdo y arreglado el importe del daño y que los aseguradores se hayan comprometido á su pago, ya sea por reconocimiento de ambas partes, por un acuerdo ó por el Tribunal, se ha de pagar al asegurado dentro del término de cuatro semanas; y todas las reclamaciones quedarán nulas y sin valor si no se hubiesen arreglado dentro de un año después del siniestro ó deducidas ante el Tribunal correspondiente:

Resultando que en la noche del 10 al 11 de Agosto del mismo año 1875 tuvo lugar un incendio en el indicado almacén de víveres, con cuyo motivo se instruyó causa criminal, que fué sobreseída con la cualidad de sin perjuicio por auto de 30 de Octubre de 1877, aprobado por la Audiencia en 12 de Diciembre:

Resultando que á petición de D. Salvador Junquera, Gerente de la indicada Sociedad, Galcerán, Junquera y compañía, fué declarada ésta en estado de quiebra por auto del Juez de primera instancia del distri-

to de Monserrate de la Habana de 30 de Octubre de 1875, y se nombró Depositario á D. Pedro Tapia, quien desempeñó su cargo hasta que en junta de acreedores celebrada en 30 de Octubre de 1876 fué nombrado D. Claudio Iglesias síndico de la quiebra, el cual desempeñó su cargo hasta el 7 de Octubre de 1880 en que rindió sus cuentas al Comisario:

Resultando que por J. C. Schmidt se dirigió una carta de fecha 6 de Enero de 1877 á D. Claudio Iglesias, síndico de la quiebra de Galcerán, Junquera y compañía, participándole, en contestación á la suya del día anterior, en que le comunicaba su nombramiento de síndico y que se hallaba autorizado para efectuar el cobro del seguro que tenía efectuado la indicada Sociedad en la Hamburgo-Bremesa de que era agente, que estaba en la creencia de que dichos Galcerán, Junquera habían abandonado enteramente la idea de hacer reclamación alguna, puesto que no habían cumplido con las condiciones de la póliza contenidas en sus artículos 10 y 13, por lo cual creía no estaba la Sociedad aseguradora en el caso de atender la reclamación á que se refería en su carta:

Resultando que en 25 de Febrero de 1881 se dedujo la actual demanda por D. Antonio Soberón, en el concepto de Administrador depositario de la quiebra de Galcerán, Junquera y compañía, con la solicitud de que se condenase en definitiva á la Compañía de seguros contra incendios Hamburgo-Bremesa, que se hallaba representada en aquella plaza por J. C. Schmidt y compañía, á pagar á dicha quiebra en el término de quinto día los 25.000 pesos, importe del seguro, con los intereses legales de demora, alegando al efecto que el día 11 de Agosto de 1875 se había incendiado casualmente el almacén de víveres de Galcerán, Junquera y compañía, que se hallaba asegurado, de cuyo suceso se había dado parte al agente de la Sociedad aseguradora, sin que hasta el día se hubiese prestado á satisfacer el importe del seguro; y que la Sociedad Galcerán, Junquera había cumplido por su parte el contrato celebrado, abonando la suma de 500 pesos como valor de la póliza entregada, según resultaba de esta misma:

Resultando que en contestación á esta demanda opuso la Sociedad J. C. Schmidt y compañía, en el indicado concepto en que litiga, que la Sociedad Galcerán, Junquera y compañía no dió parte á la aseguradora inmediatamente después de ocurrir el siniestro para que pudiera acudir al salvamento, ni cuidó tampoco de salvar y conservar los objetos averiados é indemnizaciones, con lo cual empezó faltando á las obligaciones que la póliza le imponía: que además dejó de hacer su reclamación, acompañada de la relación de los efectos asegurados existentes al tiempo del incendio, con la justificación y demás pruebas que la misma póliza exige: que la parte demandante tenía que demostrar y probar que por parte de Galcerán y Junquera no había habido malicia, culpa ni imprudencia productoras del siniestro: que desde la fecha del incendio había trascurrido con exceso más de un año sin que la Sociedad asegurada hubiese hecho reclamación en forma con arreglo á la póliza, hasta tal punto, que ni aun con la demanda se presentaban los documentos necesarios, como lo eran la reclamación de valores y cantidades necesarias; y que el administrador judicial que formulaba la demanda carecía de personalidad para deducir acciones correspondientes á la quiebra, porque ni tenía la representación de los síndicos, ni había obtenido previamente autorización del Comisario:

Resultando que en la réplica dijo la parte demandante que el in

cendio ocurrido en hora avanzada de la noche dejó reducido á cenizas el establecimiento, y de tal suceso se dió conocimiento á los pocos días y ante dos testigos al agente de la Sociedad aseguradora, en virtud del contrato celebrado, acompañando al efecto relación de los objetos existentes antes del siniestro, y que el demandante Soberón había sido autorizado por el Juzgado que entendía en la quiebra, á petición del Comisario de la misma, para interponer la demanda; y la parte demandada reprodujo en la dúplica lo que tenía expuesto en la contestación:

Resultando que practicadas pruebas por ambas partes y sustanciado el pleito en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 15 de Setiembre de 1882 revocando la de primera instancia y absolviendo á la Sociedad Hamburgo-Bremesa de la demanda deducida por la representación de la quiebra Galcerán, Junquera y compañía, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Antonio Soberón y Vara, en el concepto indicado de Administrador depositario de la quiebra de Galcerán, Junquera y compañía, interpuso recurso de casación por considerar infringidos:

1° Las leyes 32 y 40, tít. 16, Partida 3ª, al no estimar como probado el hecho de que los asegurados presentaron oportunamente los documentos exigidos por la base 11 de la póliza, y que el presentado, que fué una nota de efectos que Galcerán llevó á Schmidt, fué redactado en vista de los libros salvados del incendio, porque estos hechos han sido afirmados por los testigos Alum, Sampeiro, Galcerán, Junquera y Soberón, cuyos dichos constituyen prueba plena con arreglo á lo dispuesto en las dichas leyes, con lo cual se incurre en la sentencia recurrida en error de derecho, y además en el de hecho por no mencionarse en ella con la debida exactitud las contestaciones de Sampeiro y de Alum á preguntas y repreguntas:

2° El art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, según el que la fuerza probatoria de los testigos debe ser apreciada según las reglas de la sana crítica, y la sentencia de este Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1873 por el mismo concepto expresado en el anterior motivo, puesto que tratándose de justificar el hecho de haber sido presentados oportunamente á Schmidt los documentos exigidos por la base 11 de la póliza, era natural que habiendo declarado en sentido afirmativo las personas que intervinieron en estas operaciones, que son testigos que reunen todas las condiciones legales, se tuviera por justificado aquel hecho:

3° La ley 3ª, tít. 22, Partida 3ª; el art. 279, núm. 5°, de la ley de Enjuiciamiento civil citada, y la sentencia de 20 de Setiembre de 1856, que regulan el juicio pericial, en relación con el núm. 6° del citado artículo, que establece el reconocimiento judicial, y el art. 53 del Código de Comercio, porque la sentencia no da valor ninguno al juicio pericial, al reconocimiento judicial y á los libros de los quebrados por medio de los que resultan probadas las existencias que había en el almacén de la Sociedad la noche del incendio, cuyo valor importa una cantidad mucho mayor que la indemnización reclamada:

4° La ley 8ª, tít. 14, Partida 3ª, porque los hechos citados en los anteriores motivos han debido ser admitidos como probados cuando menos en virtud de la presunción que establece la ley citada, según la cual presunción quiere tanto decir gran sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguación de prueba:

5° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la pó-

liza del contrato, que es la ley de las partes en los artículos ó bases 10, 11 y 13, y en cualesquiera otros de los que se mencionan en la sentencia recurrida, así como en las sentencias de casación de 28 de Abril de 1877 y 20 de igual mes de 1870, en el concepto de que declara la sentencia recurrida que el recurrente no ha acreditado que se hubiese fijado y arreglado el daño ocasionado por el incendio, y que los aseguradores se hubiesen comprometido á pagarlo con arreglo á la base 13, no obstante que en esta base se consigna que es potestativo en el asegurado obtener la indemnización de los aseguradores mediante gestiones particulares ó acudiendo a los Tribunales, aparte de lo cual está demostrado en autos que se empleó en un principio el primer medio sin resultado alguno concreto, porque con arreglo á las bases 11 y 12, rectamente entendidas, el asegurado puede probar el daño sufrido durante las gestiones extrajudiciales ó durante el litigio, si lo incoa, en la forma establecida en la póliza ó por medio de las pruebas contenidas en la ley de Enjuiciamiento civil, y la sentencia recurrida no admite más momento de prueba que el período de las gestiones privadas, ni más forma de ella que una de las de la póliza; y porque tiene declarado este Tribunal Supremo en la citada sentencia de 20 de Abril de 1877 que la forma de determinar los daños establecida en una póliza se entiende que ha de observarse cuando se determinan extrajudicialmente; mas entablado pleito, se utilizan los medios de prueba que el derecho reconoce; y en la de 20 de Abril de 1870 que la cláusula de una póliza que establece diversos modos de probar el daño está en perfecta consonancia con la facultad que concede la ley de Enjuiciamiento civil á los Tribunales para apreciar el conjunto de las pruebas:

6º En el hecho de fundarse principalmente la sentencia recurrida en que la reclamación de indemnización ante los Tribunales se ha deducido fuera del término de un año después del incendio, y que en virtud de lo convenido en la base 13 de la póliza los asegurados han perdido todos sus derechos, olvidándose al hacer tal apreciación de que la reclamación no se dedujo dentro del año por causa insuperable, la ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación; la misma base 13 de la póliza, que se refiere exclusivamente al caso de que trascurra el año sin que la reclamación se deduzca por negligencia ó voluntad de los asegurados, pero no por la concurrencia de un obstáculo insuperable que les imposibilite efectuarlo; las sentencias de este Tribunal Supremo de 19 de Abril de 1872 y 24 de Febrero de 1865, en la primera de las que se declara que la cuestión de un seguro debe resolverse por la ley que se han dado los contratantes hasta donde alcance, sin que contra lo prescrito en ella tengan fuerza las leyes generales, de lo cual se deduce que en lo que aquella no alcance recobran estas leyes su fuerza; y en la segunda se dice que debe recurrirse á la interpretación de los contratos, de que nadie, obrando cuerdamente, se obliga á cosas imposibles: de que por generales que sean los términos de una convención, jamás podrá comprender otros casos que aquellos en que pensaron y sobre los que se propusieron obligarse los contratantes que al sentido literal de sus palabras: de que cuando las palabras son ambiguas, debe estarse por el sentido que cuadre mejor con la intención de los contratantes y naturaleza del contrato y que más se acerque á la verdad y á la justicia; y de que en caso de duda debe interpretarse ésta en favor del deudor, sancionadas todas estas reglas por la ley 2ª, tít. 33, Partida 7ª; y por último, la sentencia de casación de 26 de Mayo de 1865:

7° El axioma jurídico *nemo, tenetur ad impossibilem* y las sentencias de este Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 1866, 23 de Febrero de 1871 y 22 de Mayo de 1877, en relación con los artículos 1035 y 1036 del Código de Comercio, que disponen que el quebrado queda de derecho separado é inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra; y que todo acto de dominio y administración que haga el quebrado sobre cualquier especie y porción de sus bienes después de la declaración de quiebra y los que haya hecho posteriormente á la época á que se retrotraiga, los efectos de dicha declaración son nulos, puesto que habiéndose presentado en quiebra los asegurados poco tiempo después de ocurrido el incendio, ó sea en 26 de Octubre de 1875, cuya quiebra fué declarada judicialmente y se halla aún en tramitación, surgió desde entonces la causa insuperable evidenciada en autos que impidió á los asegurados deducir su reclamación judicial dentro del año y continuar las gestiones que iniciaron á raíz del incendio para arreglar y fijar el daño:

8° Las leyes 20 y 24, tít. 12, Partida 3ª, y los artículos 1044, caso 4°, 1045, 1050, 1051 y 1073 del Código de Comercio, en relación con las sentencias de este mismo Tribunal de 19 de Noviembre de 1866, 21 de Abril de 1870 y 23 de Febrero de 1871; porque la sentencia recurrida, al desestimar la demanda por la razón indicada de no haber deducido su reclamación la quiebra de Galcerán, Junquera y compañía dentro del año, suponen necesariamente que les perjudica la conducta del Depositario de la quiebra, que no la entabló, y así lo declara terminantemente, sin tener en cuenta que la única manera que uno puede obligarse por medio de otro es confiriendo un mandato, y que la aplicación de las leyes que la regulan al caso de autos es indebida, atendida la índole y funciones anejas al cargo de depositario de una quiebra;

Y 9° Las mismas disposiciones citadas en el anterior motivo, en relación con la doctrina legal universalmente admitida, que dice: *mandatarius fines mandati excedit, nihil agit*, porque aun en el supuesto de considerar aplicables al caso de autos las leyes del mandato, siempre resultará que en el hecho de no promover y entablar la reclamación judicial las personas que debían hacerlo en 11 de Agosto de 1876, implícitamente renunciaron á la indemnización que correspondía á los quebrados por razón del seguro; y que tal renuncia y tales actos son ineficaces con arreglo á las disposiciones y principios citados, porque ni expresa ni tácitamente se hallaban autorizadas aquellas personas por los quebrados para hacer semejante renuncia:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que sólo procede el recurso de casación contra la apreciación de las pruebas cuando haya habido error de derecho ó error de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador; y no concurriendo ninguna de estas circunstancias especiales en la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora, son inaplicables al caso los cinco primeros motivos del recurso encaminados en diversidad de conceptos á reemplazar con el criterio particular del recurrente el consignado en la sentencia, según las reglas de la sana crítica:

Considerando que tampoco denuncian infracción alguna de ley ni de doctrina legal aplicables al caso los cuatro motivos restantes del recurso, porque la verdadera ley del contrato de cuyo cumplimiento se trata es la póliza del seguro; y estableciéndose en su cláusula 13 la

condición esencial de quedar nula y de ningún valor toda reclamación que no se hubiese arreglado dentro de un año después del siniestro por convenio de las partes, sobre las bases preestablecidas, ó sometiéndose su resolución á los Tribunales, el fallo recurrido se ajusta á la expresada estipulación, declarando no haberse cumplido por la Sociedad asegurada en ninguno de los dos extremos que comprende, y negando por otra parte la imposibilidad de cumplirla, que reconociendo la dilación invoca en último término dicha Sociedad por haberse declarado en quiebra, toda vez que con anterioridad á este acontecimiento, y durante el tiempo restante, hasta completar el plazo de un año estipulado, pudo producir la demanda, y la defirió no obstante hasta Febrero de 1881, ó sea hasta cinco años después de haber espirado el repetido plazo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio Seberón y Vara, en el concepto de Administrador depositario de la quiebra de *Galcerán, Junquera y compañía*, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 26 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Noviembre del mismo año.)

266

Competencia (28 *de Setiembre de* 1883).—*Sala tercera.*—DEFENSA POR POBRE.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife la suscitada con el de igual clase de Mataró, sobre conocimiento de la demanda entablada por Doña Rosalía Guasch con D. José Antonio Pallés, y se resuelve:

Que cuando no está determinado el lugar en el que en su caso debiera cumplirse la obligación que se supone existente, es competente el Juez del domicilio del demandado para conocer de la demanda.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Setiembre de 1883, en la competencia que ante Nos pende promovida entre el Juez de primera instancia da Santa Cruz de Tenerife y el de Mataró acerca del conocimiento de la demanda deducida por Doña Rosa, conocida por Doña Rosalía Guasch, y su hija Doña Dolores Sáiz y Guasch, sobre que se las defienda en concepto de pobres para litigar con D. José Antonio Pallés:

Resultando que en 23 de Enero último Doña Rosa, conocida por Doña Rosalía Guasch, y su hija Doña Dolores Sáiz y Guasch, vecinas de la ciudad de Mataró, acudieron al Juzgado de primera instancia de la misma exponiendo que D. José Antonio Pallés pidió á la Doña Rosa la mano de su hija, y concertado el matrimonio y convenido que luego de celebrado en dicha ciudad se trasladarían los dos esposos con la Doña Rosa á Santa Cruz de Tenerife, donde el D. José Antonio tenía su domicilio, la Doña Rosa y su hija renunciaron á la colocación que tenían en un establecimiento industrial y á ciertas máquinas que poseían para atender á su decorosa subsistencia: que cuando ya habían adquirido las ropas y ajuar de novia, días antes del señalado para la boda el Don José Antonio se negó á verificarlo y se marchó á Canarias, causando

á la Doña Rosa perjuicios de consideración, cuya indemnización se proponía reclamar de Pallés; mas como por su estado no podían realizarlo en concepto de ricas, pidieron, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que alegaron, que previa la debida tramitación se les otorgase la defensa por pobre con los beneficios consiguientes:

Resultando que conferido traslado á D. José Antonio Pallés, para su citación y emplazamiento, se libró exhorto al Juez de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife, ante el que Pallés presentó escrito pidiendo requiriera de inhibición al de Mataró, alegando para ello que tratándose del ejercicio de una acción personal, y no habiendo contrato escrito ni señalado punto para el cumplimiento de las obligaciones que se pretendían reclamar, la acción debía ejercitarse en el Juzgado del domicilio del demandado, conforme á lo dispuesto en la regla 1ª, artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo también el mismo Juzgado el competente para conocer de sus incidencias, entre las que figura la demanda de pobreza, según el art. 21 de la misma ley:

Resultando que oído el Promotor fiscal, que se adhirió á la pretensión de Pallés, el Juez de primera instancia por auto de 22 de Febrero dispuso requerir al Juez de Mataró para que se inhibiera del conocimiento del incidente de pobreza promovido por Doña Rosa Guasch y Doña Dolores Sáiz, remitiendo los autos al proveyente, fundándose para ello en que aun suponiendo la promesa formal de matrimonio y que se hubiera señalado lugar determinado para su celebración, tal señalamiento surtiría fuero cuando la demanda tuviese por objeto compeler á la celebración de dicho contrato matrimonial, pero no cuando se propusiera otro fin: que la acción de daños y perjuicios que intentaban ejercitar Doña Rosa Guasch y su hija es personal; y que cuando no hay previo señalamiento del sitio en que éstos se deben abonar, conforme á la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, el Juez competente en primer lugar para conocer de la demanda en que se reclaman es el del domicilio del demandado, á no ser que á otro se someta, y que el Juez competente para conocer de un juicio lo es también para conocer de todos sus incidentes:

Resultando que el Juez de Mataró, después de oir á las demandantes y al Promotor fiscal, de conformidad con lo que alegaron y pidieron dictó auto en 16 de Abril último, negándose á la inhibición requerida por el Juez de Santa Cruz de Tenerife, fundándose para ello en la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque la acción que trató de ejercitarse por las demandantes es personal en reclamación de daños y perjuicios ocasionados en aquella ciudad de Mataró, según los hechos que se refieren en la demanda; y que con arreglo á las leyes 15, tít. 1º, y 3ª, tít. 15, Partida 7ª, y á la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 27 de Febrero de 1866, 8 de Febrero de 1879 y 26 del mismo mes del corriente año, deben los daños y perjuicios ser demandados ante el Juez del lugar donde se hayan causado, aunque el dañador sea de otra vecindad, y allí debe cumplir lo de que resulte responsable: que con arreglo al art. 55 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tienen también para conocer de todas sus incidencias, que una de ellas es la declaración de pobreza por considerarlo así el art. 21:

Resultando que el Juez de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife insistió en la inhibición requerida, y en su consecuencia ambos ele-

varon á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que la acción que se trata de ejercitar por Doña Rosalía Guasch es personal, y que no consta ni por escrito ni en otra forma la promesa de matrimonio ni la existencia de los perjuicios que se indican, ni está, por consiguiente, determinado el lugar donde en su caso hubiera de cumplirse la obligación:

Considerando, como consecuencia de lo expuesto, que conforme al art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, en combinación con el 55 de la misma, el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife, donde D. José Antonio Pallés tiene su vecindad y residencia y ha sido emplazado;

Se declara que el conocimiento de este pleito corresponde al Juez de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife, al que se remitan todas las actuaciones para lo que proceda con arreglo á derecho, poniéndose en conocimiento del Juez de Mataró; entendiéndose las costas respectivamente de cada una de las partes.—(Sentencia publicada el 28 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 11 de Octubre del mismo año.)

267

Recurso de casación en la forma (28 *de Setiembre de* 1883). —*Sala tercera.*—OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA.—Ha lugar al interpuesto por el Ministerio fiscal con D. José Domínguez (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que con arreglo á lo dispuesto en el art. 2º de la ley de 10 de Enero de 1877, el Ministerio fiscal bajo su responsabilidad elevará las consultas que determina el art. 2º del decreto de 9 de Julio de 1869 á la Asesoría general del Ministerio de Hacienda, de quien para este efecto depende, dentro de los 15 días siguientes á la fecha en que tenga noticia ó se le haga saber la existencia del pleito ó de la demanda en que tenga interés el Estado, no reputándose indebidamente citado éste cuando no resulten cumplidos dichos requisitos, y pudiéndose pedir á nombre del Estado y acordarse por los Jueces y Tribunales la nulidad de las sentencias en pleito de interés del mismo cuando no se hayan observado las formalidades que determina este artículo:

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Setiembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia de Bande y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. José Domínguez, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con el Ministerio fiscal sobre otorgamiento de una escritura:

Resultando que D. José Domínguez entabló demanda en el Juzgado de primera instancia de Bande en 4 de Setiembre de 1874 para que, en atención á que su padre D. Pedro Domínguez Alvarez le había cedido diferentes bienes bajo condición de contribuirle con los efectos y granos de que hizo mérito, se le condenase á otorgar el documento competente de los bienes retenidos:

Resultando que el demandado D. Pedro Domínguez Alvarez impugnó la demanda; y que recibido á su tiempo el pleito á prueba, ocurrió en tal estado el fallecimiento del demandado:

Resultando que formado juicio de abintestato, el demandante Don José Domínguez renunció á la herencia de su padre con reserva de los bienes cedidos que eran objeto de este pleito, renuncia que le fué admitida, así como á los demás parientes, que también la presentaron, declarándose en su virtud la herencia vacante y heredero al Estado del residuo que quedase después de pagar las deudas dejadas por el finado:

Resultando que el Promotor fiscal se personó en su virtud en el pleito que seguía D. José Domínguez con su padre; y entregado que le fué según solicitó, de acuerdo con lo que propuso, se recibió de nuevo el pleito á prueba:

Resultando que el demandante la suministró de testigos, que fueron repreguntados por el Ministerio fiscal; y que después de haber alegado uno y otro, dictó sentencia el Juez de primera instancia condenando á Pedro Domínguez, y en su representación al Ministerio fiscal, á otorgar al demandante escritura de las fincas de que se trataba, declarando de aplicación al Estado, después de satisfechas las deudas, toda la herencia de Pedro Domínguez, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia de la Coruña por apelación del Promotor, promovió un incidente el Fiscal para que se declarase la nulidad de todo lo actuado desde que falleció el demandado Pedro Domínguez, con reposición de los autos al estado que entonces tenían, fundándose en que con arreglo á lo prevenido en el art. 2° de la ley de 10 de Enero de 1877, eran nulas las actuaciones en asuntos de interés del Estado cuando el Ministerio fiscal no haya solicitado instrucciones, siéndolo por lo tanto el juicio de que se trataba desde que el Promotor se había personado en los autos sin pedir instrucciones, y que conforme á lo dispuesto en la regla 4ª del art. 7° de la Compilación aprobada por Real orden de 16 de Abril de 1881 podía pedirse á nombre del Estado, y se acordaría por los Tribunales la nulidad de las sentencias en pleitos de interés del mismo cuando no se hubieran observado las formalidades que determinaba el citado artículo:

Resultando que comunicada esta pretensión á D. José Domínguez, que se entendió con los estrados por no haber comparecido, previa citación y vista, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña en 20 de Abril de 1883 desestimando la demanda incidental de nulidad deducida por el Ministerio fiscal, el cual usara de su derecho, si viere convenirle, en conformidad á las disposiciones citadas, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que el Ministerio fiscal suplicó de esta sentencia, y que con nueva citación de las partes y vista proveyó auto la Sala de lo civil en 23 de Mayo último declarando no haber lugar á suplirla y enmendarla:

Resultando que el Ministerio fiscal interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fundó en los casos 1° y 4° del artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento, puesto que según el artículo 2° de la ley especial de 10 de Enero de 1877 no se reputará debidamente citado el Estado cuando no resulten cumplidos los requisitos que establece el párrafo anterior; y que la citación y emplazamiento

hechas al Ministerio fiscal en representación del Estado sólo podían surtir todos los efectos legales cuando se hubiera elevado consulta á la Asesoría de Hacienda y ésta hubiera dejado pasar tres meses sin dar sus instrucciones, lo cual en este pleito no había ocurrido, porque ninguna consulta había elevado el Promotor fiscal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que con arreglo á lo dispuesto en el art. 2° de la ley de 10 de Enero de 1877, el Ministerio fiscal, bajo su responsabilidad elevara las consultas que determina el art. 5° del decreto de 9 de Julio de 1869 á la Asesoría general del Ministerio de Hacienda, de quien para este efecto depende, dentro de los 15 días siguientes á la fecha en que tenga noticia ó se la haga saber la existencia del pleito ó de la demanda en que tenga interés el Estado, no reputándose debidamente citado éste cuando no resulten cumplidos dichos requisitos, pudiéndose pedir á nombre del Estado y acordarse por los Jueces y Tribunales la nulidad de las sentencias en pleito de interés del mismo cuando no se hayan observado las formalidades que determina este artículo:

Considerando que es un hecho fuera de toda duda que el Ministerio fiscal se personó en los autos sin pedir antes las instrucciones á que se refiere la ya citada ley del 77, y por consiguiente sin la legítima presentación del Estado ni la citación y emplazamiento qne como único interesado en el juicio le corresponde; y como semejante diligencia es una de las formas esenciales del juicio, y su falta da lugar al recurso, según el tít. 1°, art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por el Ministerio fiscal en representación del Estado, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia y auto que en 23 de Abril y 23 de Mayo del corriente año dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña; y mandamos que, reponiéndose el pleito al estado que tenía al personarse el Ministerio fiscal en la primera instancia, se sustancie y determine con arreglo á derecho; y líbrese á dicha Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución de los autos que ha remitido. —(Sentencia publicada el 28 de Setiembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Octubre del mismo año.)

268

Recurso de casación en la forma (1° *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—CUMPLIMIENTO DE UNA EJECUTORIA.—No ha lugar al interpuesto por D. José Zamorano con el Gerente de la Sociedad *Manuel Cabrera y compañía* (Audiencia de las Palmas), y se resuelve:

1° *Que según se dispone en el núm.* 3° *del art.* 1693 *de la ley de Enjuiciamiento civil, habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias cuando procediere con arreglo á derecho*:

2° *Que conforme al art.* 937 *de la propia ley, no estando conforme el deudor con la liquidación presentada por el acreedor en incidente so-*

bre ejecución de sentencia, se recibirá éste á prueba si el Juez la estima necesaria cuando alguna de las partes la hubiere solicitado;

Y 3° Que una vez solicitado y obtenido por el acreedor hoy recurrente, que para acomodar el procedimiento á la nueva ley y según lo dispuesto en el art. 929 de la misma, se diese copia á su deudor de la relación de daños y perjuicios que con arreglo á la anterior ley había presentado sin esta circunstancia, si quería que se recibiese á prueba el incidente para el caso de que su contrario no se conformase con dicha relación ó su importe, debió haberlo solicitado según dispone la nueva ley, y por no haberlo hecho ni aun al tener conocimiento de la impugnación á su escrito sino cuando ya era firme la providencia que ordenaba llevar los autos á la vista, no procedía el recibimiento á prueba.

En la villa y corte de Madrid, á 1° de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia de las Palmas y en la Sala de justicia de la Audiencia de dicha ciudad por Mariano Báez y Martín, en concepto de Gerente de la casa de comercio que giró en aquella plaza bajo la razón social de *Manuel Cabrera y compañía*, representada por el Procurador D. Daniel Doce, bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Ríos, con D. José Zamorano y Villar, y en su nombre el Procurador D. J. Cirilo Díaz, dirigido por el Licenciado D. Rafael Atard, sobre cumplimiento de una ejecutoria:

Resultando que en documento privado de 1° de Febrero de 1876 declaró D. José Zamorano y Villar, vecino y del comercio de Las Palmas, que en aquel día había liquidado su cuenta con la casa de comercio establecida en aquella misma ciudad bajo la razón social de Manuel Cabrera y compañía, resultando serla en deber 127.985 rs. vn., procedente de tabacos recibidos á su entera satisfacción:

Resultando que con presentación de este documento solicitó Don Mariano Báez y Martín, como socio Gerente de la razón social Manuel Cabrera y compañía, que de su cuenta, cargo y riesgo se procediera al embargo preventivo de bienes del deudor, cuya ausencia se temía; y que acordado en los términos pedidos, tuvo efecto en tabacos, papel y otros artículos de propiedad de aquél:

Resultando que desestimada la ejecución que Báez solicitó, entabló demanda ordinaria para que se condenase á Zamorano al pago de la cantidad de 120.865 rs., intereses y costas, en atención á que á cuenta había entregado 7.120 rs., pidiendo la ratificación del embargo practicado y que en caso contrario se decretase el secuestro:

Resultando que denegada una y otra pretensión, Zamorano impugnó la demanda reconviniendo á la Sociedad demandante para la rendición de cuentas y abono de los daños y perjuicios ocasionados con motivo del embargo preventivo decretado y ejecutado de cuenta y riesgo de la Sociedad demandante; y que por ejecutoria de la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas se condenó á Zamorano á satisfacer á Báez y Martín, como Gerente de la Sociedad Manuel Cabrera y compañía, 120.765 rs. que le era en deber, con los intereses legales desde que se constituyó en mora, absolviendo á la misma Sociedad de la reconvención propuesta por Zamorano para la rendición de cuentas, y estimándola en cuanto á los daños y perjuicios ocasionados con el embargo, se la condenó á su abono; debiendo presentar Zamorano para determinar su importe la correspondiente relación en forma y tiempo oportuno:

Resultando que con escrito de 16 de Marzo de 1882 la presentó Don José Zamorano; y que dada vista por término de cinco días, se acordó después para acomodar el procedimiento á la nueva ley de Enjuiciamiento civil que se entregara á Báez copia del escrito y de daños y perjuicios para que dentro de seis días contestase lo que estimase convenirle:

Resultando que Zamorano pidió en 18 de Abril que se declarase á Báez conforme en un todo con la relación presentada por haber trascurrido el término para impugnarla, y que el Juez desestimó por entonces su pretensión en providencia del 20, por cuanto aquel había empezado á correr el día 12 de aquel mes:

Resultando que en el mismo día 20 presentó Báez escrito impugnando la relación de daños y perjuicios, y que el Juez en providencia del 21 la tuvo por presentada, mandando entregar la copia á la otra parte y tener á la vista todas las piezas de autos:

Resultando que D. José Zamorano pidió reposición de la providencia del 20, que fué desestimada, siendo este extremo objeto de una apelación á la Audiencia, que se admitió en un efecto:

Resultando que durante los trámites á que esto dió lugar presentó escrito D. José Zamorano recusando al Juez accidental de primera instancia por amistad íntima con D. Mariano Báez: que el referido Juez por auto de 30 de Abril denegó la recusación, y en atención á lo acordado en providencia del 21, y en conformidad á lo dispuesto en el caso 2º del art. 937 de la ley de Enjuiciamiento, recibió á prueba el incidente sobre indemnización de daños y perjuicios por término de 10 días para que dentro de él propusieran ambas partes lo que pudiera interesarles:

Resultando que todas estas providencias fueron objeto de pretensiones y recursos, y que habiendo llegado á conocer de ellas la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas, quedaron resueltas por el auto que dictó en 27 de Octubre de 1881 confirmando la providencia de 20 de Abril de dicho año y revocando la del 30 del propio mes, en que se desestimó la recusación, declarando nulas desde esta fecha todas las demás diligencias practicadas en el pleito:

Resultando que devueltos al Juzgado, Zamorano pretendió que se recibiese á prueba el incidente sobre daños y perjuicios; y que habiéndole dado este trámite á instancia de Báez, se repuso la providencia, denegándose el recibimiento á prueba, y mandando por lo dispuesto en la providencia de 21 de Abril del año último traer á la vista todos los autos, como estaba mandado en ella:

Resultando que Zamorano interpuso apelación, que se tuvo por propuesta, y que celebrada la comparecencia prevenida por la ley, en la que protestó por la denegación de la prueba, proveyó auto el Juez en 16 de Mayo de 1882 declarando no haber lugar á verificar la graduación ó valoración de los daños y perjuicios anotados en la relación presentada, y reclamados en escrito fecha 9 de Marzo del año último, ni en su consecuencia á imponer á D. Mariano Báez Martín la satisfacción de los mismos:

Resultando que apelado este auto y admitida, así como la que se hallaba pendiente, la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas confirmó, con las costas, en 6 de Setiembre de 1882 los autos apelados en 20 de Enero y 16 de Mayo:

Resultando que D. José Zamorano y Villar interpuso recurso de

casación por quebrantamiento de forma, á reserva de intentarlo á la vez por infracción de ley, fundando el primero en el núm. 3° del artículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento, ó sea en la falta de recibimiento á prueba, falta que existía en este caso, como lo acreditaba el auto de 20 de Enero, del que había sido una consecuencia el de 16 de Mayo, confirmados ambos por la Audiencia:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que según se dispone en el núm. 3° del art. 1693 de ley de Enjuiciamiento civil, habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias cuando procediere con arreglo á derecho:

Considerando que conforme al art. 937 de la propia ley, no estando conforme el deudor con la liquidación presentada por el acreedor en incidente sobre ejecución de sentencia, se recibirá éste á prueba si el Juez la estima necesaria cuando alguna de las partes la hubiere solicitado:

Considerando que en los presentes autos de ejecución de sentencia, una vez solicitado y obtenido por el acreedor hoy recurrente, que para acomodar el procedimiento á la nueva ley y según lo dispuesto en el art. 929 de la misma, se diese copia á su deudor de la relación de daños y perjuicios que con arreglo á la anterior ley había presentado sin esta circunstancia, si quería que recibiese á prueba el incidente para el caso de que su contrario no se conformase con dicha relación ó su importe, debió haberlo solicitado según dispone la nueva ley, y por no haberlo hecho ni aun al tener conocimiento de la impugnación á su escrito sino cuando ya era firme la providencia que ordenaba llevar los autos á la vista, no procedía el recibimiento á prueba, en cuya supuesta falta se funda este recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don José Zamorano y Villar, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 500 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y procédase á lo que haya lugar respecto del recurso de casación preparado en el fondo.—(Sentencia publicada el 1° de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 del mismo mes y año.)

269

Recurso de casación (3 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*— PAGO DE PESETAS.—Ha lugar al interpuesto por D. Pedro Alises Alcañiz, con D. Juan Pertierra (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que es doctrina legal sancionada por el Tribunal Supremo que los productos de los bienes de los cónyuges pertenecen á la sociedad conyugal, y con ellos debe atenderse á levantar las cargas del matrimonio, entre las que se comprenden el pago de los gastos judiciales ocasionados en los litigios que cualquiera de ellos tuviese que sostener; sin que obste á ello que por un acto de jurisdicción voluntaria se acordase dejar sin efecto la consignación en la Caja general de Depósitos de la cantidad

señalada para litis-expensas en expediente de la misma naturaleza, porque esto en nada perjudica la acción deducida por el demandante.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Octubre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Pedro Alises de Alcañiz, vecino de esta capital, Procurador, con D. Juan Pertierra, de la propia vecindad, industrial, como marido de Doña Anastasia Bermejo, sobre pago de pesetas; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante, bajo la dirección del Licenciado D. Juan Rubirá; habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. Manuel Gómez de Cádiz y el Procurador D. Félix Bazán:

Resultando que Doña Anastasia Bermejo y Vicente, casada con Don Juan Pertierra, otorgó en 12 de Marzo de 1881 poder para litigar con su marido á favor del Procurador D. Pedro Alises de Alcañiz, consignando que le confería para que, previo el acto conciliatorio, intentase la demanda de divorcio pidiendo alimentos, litis-expensas y depósito de su persona:

Resultando que seguidos varios pleitos sobre divorcio, depósito, alimentos y litis expensas, se abonaron por el Procurador Alises á diferentes partícipes las cantidades que respectivamente habian devengado, y por su parte formuló las cuentas de sus derechos y desembolsos, importantes la primera la cantidad de 461 pesetas 25 céntimos; la segunda, 454 pesetas 87 céntimos; la tercera, la de 354 pesetas 75 céntimos; la cuarta, 615 pesetas 93 céntimos; la quinta, la de 1.408 pesetas 61 céntimos, y además pagó otra minuta de 64 pesetas 81 céntimos al Oficial de Sala D. José Camacho:

Resultando que previo acto de conciliación en 8 de Abril de 1881, D. Pedro Alises de Alcañiz dedujo demanda contra D. Juan Pertierra, exponiendo que Doña Anastasia Bermejo le dió poder para representarla en el pleito de divorcio entablado contra su marido, haciéndolo así con todos sus incidentes en los Tribunales de esta corte, habiendo devengado y pagado en tal concepto la cantidad de 13.181 rs. con 22 céntimos: que por el Juzgado de la Inclusa se habian señalado á Doña Anastasia, como litis-expensas á cargo de D. Juan Pertierra 8.000 reales anuales, empezando en aquel año de 1882 consignándose en la Caja de Depósitos 2.000 rs. correspondientes á un trimestre, sin que posteriormente hubiera entregado cantidad alguna: que cuando se tramitaba el pleito la Doña Anastasia se ausentó sin que se supiese dónde estaba, siendo público que su esposo no ignoraba dónde se hallaba, sin abonar cantidad alguna de las devengadas y suplidas por su cuenta; y que se había reclamado de D. Juan Pertierra la deuda, que era el que estaba obligado á satisfacerla, sin conseguirlo á pesar de haberlo citado de conciliación, á cuyo acto no asistió; y fundado en la ley 20, título 12, Partida 5ª; el art. 8º de la ley de Enjuiciamiento civil; la ley 19, tit. 22, Partida 3ª; leyes 3ª y 5ª, tit. 4º, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Mayo de 1879, pidió que se condenase a D. Juan Pertierra al pago de 13.181 rs. con 22 cénts., intereses legales de mora y las costas:

Resultando que conferido traslado á D. Juan Pertierra, devolvió los autos después de un apremio sin escrito; y habiendo renunciado el de-

mandante á la réplica, se recibieron á prueba, y á instancia del demandado se pusieron testimonios, de los que aparecen, entre otros particulares, que por auto de la Sala segunda de la Audiencia de 9 de Julio de 1881 se declararon sin efecto las actuaciones practicadas á virtud de la petición de fondos para litis-expensas que dedujo Doña Anastasia Bermejo, y se reservó á la misma el derecho que pudiera asistirla para que lo ejercitase donde y como procediese; que por auto de la misma Sala de 12 de Diciembre de 1881, pero en ramo separado diferente, se confirmaron la providencia y auto de 25 y 30 de Abril de dicho año apelados por la Doña Anastasia, por los que se tuvieron por consignadas por Pertierra 500 pesetas, importe del primer trimestre de las 2.000 anuales señaladas á su esposa para el pago de litis-expensas, se declaró no haber lugar á entregarlas al Procurador Alises y se mandaron consignar en la Caja general de Depósitos á disposición del Juzgado, con destino al pago de los gastos judiciales que justificase Doña Anastasia haberla sido debidamente ocasionados, ó que se le ocasionasen, sin perjuicio de que rindiera cuenta justificada cada semestre, como se tenía mandado en auto de 31 de Marzo:

Resultando que seguido el pleito en dos instancias, la Sala primera de la Audiencia por sentencia de 27 de Febrero último, revocatoria de la del Juez de primera instancia, absolvió de la demanda que por su propio derecho había interpuesto al Procurador D. Pedro Alises de Alcañiz contra D. Juan Pertierra, marido de Doña Anastasia Bermejo, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Pedro Alises de Alcañiz interpuso recurso de casación, alegando como infringidos:

1° Las leyes 20, tít. 12, Partida 5ª, la 25, tít. 5°, Partida 3ª, en relación con las 3ª y 5ª, tít. 4°, libro 10 de la Novísima Recopilación, teniendo en cuenta que aquéllas determinan el derecho del mandatario ó Procurador á que se le satisfagan sus derechos y suplementos por su poderdante ó su cliente, y las últimas asignan la obligación de pagar estos gastos al marido en los pleitos de su esposa, que debe hacerlo con los bienes de la sociedad legal como atenciones de la misma, según se ha establecido como doctrina inconcusa por este Tribunal Supremo en varias sentencias, y especialmente en las de 9 de Diciembre de 1864, 23 de Abril y 29 de Noviembre de 1866, 1° de Marzo de 1867 y 31 de Mayo de 1879, puesto que la Sala sentenciadora ha prescindido por completo de las leyes citadas aplicables en un todo al caso del pleito, y ha aplicado indebidamente y de un modo aislado el art. 8° de la ley de Enjuiciamiento civil, sin relacionarlo, como debía, con las mencionadas leyes 3ª y 5ª del tít. 4°, libro 10 de la Novísima Recopilación:

2° Que al deducir la demanda se alegó como fundamento de ella la autoridad de la cosa juzgada, puesto que en el auto de 12 de Diciembre de 1881, dictado por la Sala segunda de la Audiencia del distrito, consentida y en parte ejecutoriada, se ordenó que se tuvieran por consignadas 500 pesetas que consignó D. Juan Pertierra, importe de un trimestre para pago de litis-expensas de su esposa; y con arreglo á la ley 19, tít. 22, Partida 3ª, debía dársele la fuerza y valor legal de juicio afinado, como dice la ley, y no declarar cosa alguna en contra de lo en dicho auto dispuesto, la Sala sentenciadora, al dictar la sentencia recurrida, ha desconocido el valor legal de este auto, considerándolo sin efecto alguno, porque en 9 de Julio de 1881 se dictó otro por la misma Sala, por el cual se dejaban sin efecto las actuaciones sobre litis-expen-

sas, sin tener en cuenta que en caso de contradicción, si la hubiese entre estos dos autos, había que estar por lo acordado en el de Diciembre, como de fecha posterior:

3° Que conforme á los artículos 565 y 566 de la ley de Enjuiciamiento civil, la prueba que se proponga en los pleitos se ha de concretar á los hechos fijados en los escritos de réplica y dúplica, ó de la demanda ó contestación en su caso, y los Jueces deben repeler de oficio las pruebas que no se acomoden á esta prescripción, la Sala sentenciadora, desconociendo estos preceptos legales, ha estimado la prueba practicada por D. Juan Pertierra con valor y eficacia legal, y le ha servido de fundamento para el fallo, cual si se hubiera practicado en las debidas condiciones, y por tanto ha cometido error de derecho al apreciar los mencionados artículos 565 y 566 de la ley de Enjuiciamiento civil, que ha infringido:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que es doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo que los productos de los bienes de los cónyuges pertenecen á la sociedad conyugal, y con ellos debe atenderse á levantar las cargas del matrimonio, entre las que se comprenden el pago de los gastos judiciales ocasionados en los litigios que cualquiera de ellos tuviese que sostener:

Considerando que á esta clase corresponden los reclamados por el Procurador Alises en la demanda origen de los presentes autos, por lo que es indudable que D. Juan Pertierra debe satisfacer el importe de dichos gastos con los productos de los bienes existentes en su matrimonio con Doña Anastasia Bermejo, sin que obste á ello que por un acto de jurisdicción voluntaria se acordase dejar sin efecto la consignación en la Caja general de Depósitos de la cantidad señalada para litis-expensas en expediente de la misma naturaleza, porque esto en nada perjudica la acción deducida por el demandante en vía contenciosa, y es de todos modos evidente la responsabilidad del demandado, con arreglo á la expresada doctrina y leyes que se citan en el primer motivo, las cuales por tanto han sido infringidas por la sentencia al absolver á dicho demandado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Pedro Alises de Alcañiz contra la sentencia que en 27 de Febrero último dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este distrito: en su consecuencia, casamos y anulamos dicha sentencia.—(Sentencia publicada el 3 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 8 de Noviembre del mismo año.)

270

Apelación por denegatoria de recurso de casación en asunto de Ultramar (3 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.* —PAGO DE PESOS.—Se confirma el auto apelado por la razón social *R. B. López y compañía* con D. Isidro García Otero (Audiencia de Puerto Rico), y se resuelve:

1° *Que con arreglo á los artículos* 1010 *y* 1011 *de la ley de Enjui-*

ciamiento civil vigente en Cuba, el recurso de casación sólo se da contra los sentencias definitivas y contra las que aun cuando hayan recaído sobre un artículo pongan término al juicio y hagan imposible su continuación;

Y 2° Que no merece tal concepto la que se limita á resolver un incidente promovido en un juicio ejecutivo, en los cuales además, según el art. 1014, no se da recurso de casación por infracción de ley.

En la villa y corte de Madrid, á 3 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de apelación, seguido en el Juzgado de primera instancia de Mayagüez y en la Sala de justicia de la Audiencia de Puerto Rico por la razón social *R. B. López y compañía*, del comercio de Mayagüez, con D. Isidro García Otero sobre pago de pesos:

Resultando que la indicada razón social R. B. López y compañía acudió en forma al Juez de primera instancia de Mayagüez en 13 de Febrero de 1878 solicitando el embargo preventivo de los bienes de Isidro García Otero en cantidad suficiente á cubrir la suma de 424 pesos 55 centavos que les era en deber, y para cuyo pago pensaban proceder ejecutivamente:

Resultando que acordado el embargo bajo la responsabilidad de la mencionada casa, se llevó á efecto en 16 de dicho mes, y que en 13 de Marzo siguiente se dedujo la demanda ejecutiva, mandándose despachar la ejecución en el 14:

Resultando que en 22 de Noviembre del mismo año presentó escrito el ejecutado D. Isidro García Otero solicitando que se alzara de plano el embargo sin audiencia del actor, condenándole en las costas y en los daños y perjuicios, toda vez que, habiéndose verificado el día 16 de Febrero y debido ratificarse á los 20 días, no habiéndose ratifiado, había quedado nulo:

Resultando que por un otrosí pretendió la nulidad de las actuaciones autorizadas por D. Bartolomé Esteva, dependiente del Escribano D. Santiago Palmer, por no constar que tuviera autorización para ello, y que por otro recusó al citado Escribano D. Santiago Palmer:

Resultando que tramitado en dos instancias el incidente de recusación, que fué estimada para las actuaciones referentes al primer otrosí después de practicadas otras diligencias con referencia á la intervención como Escribano del mencionado Esteva, proveyó auto el Juez en 10 de Enero de 1881 declarando alzado el embargo preventivo provisional de bienes practicado á instancia de la casa mercantil R. B. López y compañía, con las costas á la misma, y las que se causaren hasta dejarlo alzado, respondiendo de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado á D. Isidro García Otero, y declarando además la nulidad de las actuaciones autorizadas por D. Bartolomé Esteva:

Resultando que la indicada razón social pidió reforma de este auto; y denegada, é interpuesta apelación, que le fué admitida, la Sala de justicia de la Audiencia de Puerto Rico dictó sentencia en 19 de Julio de 1881 confirmando el auto de 10 de Enero y sus concordantes en cuanto se declara alzado el embargo de bienes practicado á instancia de la razón social ejecutante, con las costas á la misma, respondiendo de los daños y perjuicios que se hubieren originado á D. Isidro García Otero y revocándolo en los demás extremos, desestimando la nulidad de las actuaciones autorizadas por el Escribano D. Bartolomé Esteva:

Resultando que contra esta sentencia interpuso la razón social R. B. López y compañía recurso de casación por infracción de ley; y

que denegada su admisión en auto de 16 de Agosto de 1881, produjo esta negativa la presente apelación:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que con arreglo á los artículos 1010 y 1011 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, aplicable á este negocio, el recurso de casación sólo se da contra las sentencias definitivas y contra las que aun cuando hayan recaído sobre un artículo pongan término al juicio y hagan imposible su continuación:

Considerando que la que es objeto del recurso interpuesto por la razón social R. B. López y compañía no merece aquel concepto, puesto que se limita á resolver un incidente promovido en un juicio ejecutivo, en los cuales además, según el art. 1014, no se da recurso de casación por infracción de ley;

Fallamos que debemos confirmar y confirmamos, con las costas, el auto apelado que en 16 de Agosto de 1881 confirmó la Sala de justicia de la Audiencia de Puerto Rico, á la que se libre la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 3 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 del mismo mes y año.)

271

Recurso de casación (*4 de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —Retracto.—No ha lugar al interpuesto por Francisca Quintana con D. Mariano Lobo (Audiencia de Valladolid), y se resuelve:

Que es un precepto legal, sancionado por el núm. 1° del art. 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil, y corroborado por repetidas decisiones del Tribunal Supremo, que la demanda de retracto se interponga dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta hecha ante Notario público en forma legal, y de ningún modo desde que se extiende el contrato en cualquiera otra forma.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos pende en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia de Valladolid y en la Sala de lo civil del Tribunal superior de aquel territorio por D. Mariano Lobo López, y en su nombre el Procurador D. Julián Muñoz y Miguel, bajo la dirección del Licenciado D. Robustiano Patiño, con Francisca Quintana Bujidos, representada por el Procurador D. Manuel de Diego, y defendida por el Doctor Don Rafael Bermejo, sobre retracto:

Resultando que por escritura pública otorgada en Villambla á 19 de Febrero de 1880, Micaela Lobo vendió á Francisca Quintana una casa en la calle Mayor, núm. 5, de dicho pueblo, que le pertenecía por herencia de su padre, en precio de 1.350 pesetas, á pagar en cinco plazos satisfaciendo en el acto 125; que no pudiendo otorgarse la escritura de venta por carecer de título inscrito de adquisición de la finca, lo verificaría en el término preciso de dos meses, siendo de su cuenta las costas, daños y perjuicios que se originasen por su morosidad, y que desde el mes de Julio de aquel año podría Doña Micaela usar de la finca, encerrar paja y demás:

Resultando que con posterioridad, en el mismo año de 1880, Micaela Lobo vendió á Saturnino Seisas la mencionada casa por precio de 6.000 rs., conservando la vendedora el usufructo de ella por todos los días de su vida, con obligación de pagar contribuciones y reparos:

Resultando que Francisca Quintana dedujo demanda en el mismo año de 1880 contra Micaela Lobo, reclamando el cumplimiento de la citada escritura, ó sea que le otorgase la de venta de la casa en cuestión, y condenada á verificarlo, habiendo dejado transcurrir el término que se la concedía para ello, se otorgó por el Juez de primera instancia del distrito de la Plaza de Valladolid, en 30 de Abril de 1881, escritura de venta á favor de Francisca Quintana de una casa en Villambla, calle Mayor, núm. 5, que se había comprometido á vender Micaela Lobo á la Francisca por escritura pública de 19 de Febrero de 1880 por precio de 1.350 pesetas, consignándose por la compradora, en el acto del otorgamiento, 375 pesetas á cuenta de los plazos de la venta de dicha casa la cual se había inscrito en el Registro de la propiedad á favor de la Micaela por virtud de la adjudicación que se la hizo en las particiones por muerte de su padre:

Resultando que en 9 de Mayo de dicho año 1881 D. Mariano Lobo López entabló demanda de retracto de la referida casa que había comprado Doña Francisca Quintana á Doña Micaela Lobo, hermana del padre del demandante, y que procedía de su abuelo D. Tomás, consignando al efecto la cantidad de 250 pesetas recibida por la vendedora como parte del precio de la finca, y ofreciendo la fianza que el Juzgado creyere necesaria para el pago de los demás plazos convenidos en la escritura de venta cuyas condiciones aceptaba comprometiéndose además á conservar la casa á lo menos dos años, alegando en apoyo de su pretensión que los bienes heredados del patrimonio ó abolengo podían ser retraídos en caso de venta por parientes del mismo abolengo, y por tanto podía retraer el demandante la casa litigiosa que perteneció á su abuelo, de quien la heredó la Micaela, y que el plazo de nueve días se contaba desde el otorgamiento de la escritura de venta, y de ningún modo desde el convenio ó compromiso anterior:

Resultando que Doña Francisca Quintana impugnó la demanda, alegando que no se la podía dar curso por no haberse acompañado á ella los documentos que acreditasen el carácter con que el litigante se presentaba; que el plazo de nueve días para interponerla empezaba á contarse desde que se consumó el contrato con la entrega de la cosa vendida cuando no se hubiera otorgado escritura, y como según la presentada la venta se hizo y perfeccionó y consumó en parte con la entrega de una parte del precio, otorgándose carta de pago en 19 de Febrero de 1880, era intempestiva la demanda, y que aun teniendo en consideración lo alegado de contrario, como quiera que antes de la reclamación de Doña Francisca Quintana, en Abril de 1880, la Micaela otorgó escritura de venta de dicha finca á Saturnino Seisas, no obstante haberlo sabido el Mariano, no interpuso demanda de retracto, habiendo dejado transcurir un plazo legal que en cierto modo le inhabilitaba en la actualidad para que pudiera prosperar su demanda:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias dictaron sentencia en 13 de Enero del corriente año 1883 la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, confirmatoria con las costas de la del Juez de primera instancia; estimando el retracto y condenando á Francisca Quintana Bujidos á otorgar en término

de nueve días á favor de D. Mariano Lobo López la escritura de venta de la casa de que se trata, abonándola los gastos que había satisfecho por razón de escritura, derechos reales y honorarios del Registrador, mandando alzar el depósito de las 250 pesetas que serían entregadas á la Francisca, y el resto del precio, en los plazos marcados, á Micaela Lobo por D. Mariano Lobo:

Resultando que Doña Francisca Quintana Bujidos interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 1ª, tít. 5°, Partida 5ª, la doctrina jurídica sobre los contratos consensuales en general y la compra venta en concreto, y la jurisprudencia sobre esta materia establecida por este Supremo Tribunal en las sentencias, entre otras muchas, de 14 de Junio de 1860 y 13 de Marzo de 1875, según cuyas disposiciones el contrato consensual no necesita por su naturaleza y esencia para perfeccionarse más que el simple consentimiento de las partes, y se consumaba con la entrega de la cosa y del precio, naciendo desde este momento su eficacia, toda vez que en el fallo recurrido se establecía que la escritura de 19 de Febrero de 1880 no era más que una promesa de venta, siendo así que en ella se decía que en aquel día había vendido la finca, constando el consentimiento de la cosa y el precio, y habiendo empezado á usufructuarse en la forma acordada;

Y 2° El art. 1618 de la ley vigente de Enjuiciaimento civil en su núm. 1°, infracción que era una consecuencia directa de la indicada en el número ánterior, pues demostrado que la escritura de 19 de Febrero fué un contrato de compra venta perfecto y consumado, era evidente que desde dicha escritura debían empezar á contarse los nueve días para la interposición de la demanda de retracto; habiéndose infringido también todo el espíritu que domina en la materia de retractos, extendiendo el uso de tal derecho que por su caracter odioso estaba limitado por el legislador, y atendiéndole prevaliéndose de la mala fe del vendedor y contra los sagrados derechos del comprador, contrariando además las disposiciones de las leyes 61 y 62 del tít. 5° de la Partida 5ª:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que es un precepto legal, sancionado por el número 1° del art. 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil, y corroborado por repetidas decisiones de este Tribunal, que la demanda de retracto se interponga dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta hecha ante Notario público en forma legal, y de ningún modo desde que se extiende el contrato en cualquiera otra forma:

Considerando, por tanto, que habiendo empezado á correr en el presente caso los nueve días desde el 30 de Abril de 1881, fecha de la escritura de venta, única verdadera y eficaz, y que dentro de ese plazo se interpuso la demanda de retracto, son inaplicables al caso las leyes y doctrina que se invocan en los dos motivos del recurso acerca de la forma y circunstancias con que se perfeccionan y consuman los contratos consensuales, á cuyas leyes y doctrinas en nada se opone la sentencia recurrida ni las infringe por lo mismo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Francisca Quintana Bujidos, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la sexta parte de la cantidad objeto del litigio, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Valladolid la certificación correspondiente, con devolu-

ción del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 4 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Noviembre del mismo año.)

272

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (*4 de Octubre de 1883*).—PAGO DE PESETAS.—No ha lugar al interpuesto por D. Vicente Núñez con D. Vicente Antonio Luaces (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que no existe la falta de personalidad atribuída á un Procurador que se hace consistir en el hecho de estar en descubierto en el pago de la contribución, pues esto, si bien puede ser motivo de responsabilidad pecuniaria en lo gubernativo, no tenía inhabilitado á dicho Procurador en el ejercicio de su cargo, que por lo demás desempeñaba en la ocasión con poder bastante, por lo que no se está por tanto en el caso del número 2º del art. 8º de la ley de casación vigente en Cuba.

En la villa y corte de Madrid, á 4 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia de Guanabacoa y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por Don Vicente Antonio Luaces, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, con D. Vicente Núñez y Luis, representado por el Procurador D. Eusebio Casaes y Castro, bajo la dirección del Licenciado D. Telesforo Montejo, sobre pago de pesetas:

Resultando que el Procurador D. Manuel Gregori Reynaldos, en nombre y con poder que presentó de D. Vicente Antonio Luaces y Pérez, entabló demanda ejecutiva en el Juzgado de primera instancia de Guanabacoa contra D. Vicente Núñez para pago de 5.802 pesos 49 centavos, importe de dos pagarés; y que despachada la ejecución, practicado el embargo y citado de remate Núñez, se opuso á ella, representado por D. Pedro Nicolás García, con poder bastante, manifestando que en otros autos promovidos por D. Carlos Quinteros constaba que no había Procurador expedito que pudiera representarle, lo cual, con autorización del Juzgado, había nombrado el citado García; y como el impedimento continuaba, había designado el mismo sujeto para que le representara con el carácter de agente Procurador:

Resultando que mandado inquirir los motivos que tuvieran los Procuradores para no aceptar el poder de Núñez, dos dijeron que tenían que deducir acciones contra él, y otros dos, Angueira y Buígas, que no tenían inconveniente si se les expensaba:

Resultando que Núñez manifestó que no estaba conforme con Angueira, porque representaba á su contrario Quinteros, teniendo motivos para no dar su representación á Buígas, y que el Juez denegó su pretensión mandando que otorgara poder á uno de aquellos Procuradores:

Resultando que Núñez suplicó, y denegado el recurso, interpuso apelación, que se admitió en un efecto; y que acusada la rebeldía al

ejecutado, se mandó dar cuenta de los autos con citación sólo del ejecutante:

Resultando que Núñez arguyó de nulidad de lo actuado, porque el Procurador D. Manuel Gregori Reynaldos estaba impedido de funcionar por estar en descubierto en el pago de la contribución, sobre lo cual el Escribano certificó que los Procuradores habían presentado recibo de tenerla satisfecha, excepto Buígas que se hallaba comprendido en el art. 11, inciso 4°, de la instrucción de Contribuciones:

Resultando que dictada por el Juez sentencia de remate, Núñez insistió en la nulidad, manifestando que el Escribano había certificado en falso, puesto que en aquel día habían abonado los Procuradores Reynaldos y Angueira el primero y segundo trimestre del año económico de 1880 á 81 con el recargo correspondiente:

Resultando que instruído que fué Núñez del fallo de remate, interpuso apelación insistiendo en la nulidad; y admitido aquel recurso, y remitidos los autos á la Audiencia, en sentencia de 24 de Octubre de 1881 revocó la apelada, declaró que el ejecutado se había presentado bien en la forma en que lo hizo al oponerse á la ejecución; y declarando asimismo nulo el juicio ejecutivo desde el folio 38, lo repuso al estado que tenía cuando se presentó el mencionado escrito de oposición, la cual se sustanciaría y resolvería con arreglo á derecho:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado de primera instancia, Núñez otorgó poder á D. Juan Miret; y habilitado, formuló la oposición alegando la excepción de falta de personalidad en el ejecutante, consistente en que estando el Procurador Reynaldos en descubierto en el pago de la contribución en la fecha en que se estableció la demanda, descubierto que había continuado, toda vez que resultaba de una certificación que acompañó que las debía desde 1878 hasta el día de la presentación de aquel escrito, resultando justificada la excepción de falta de personalidad, porque exigiendo la ley con terminante precepto que las partes no vengan personalmente al juicio sino representadas por el Procurador, se seguía de esta premisa que el Procurador era la parte, y que la falta de personalidad en éste afectaba directamente á su representación:

Resultando que con su escrito acompañó una certificación del Colector de Rentas de Guanabacoa, en que se expresa que Reynaldos adeudaba el primer trimestre del 30 por 100 del 78 al 79; el tercero y cuarto del 25 por 100 correspondiente al mismo año, y el primero y segundo trimestre del 16 por 100 del 81 al 82, sumando dichas partidas 138 pesos 34 centavos:

Resultando que el ejecutante impugnó esta excepción, fundado en que la que admitía la ley se refería precisamente á la parte, sin mezclarse para nada en la personalidad del Procurador, la cual nacía del poder que obtenía de la parte, y que el Procurador Reynaldos tenía su título de tal, había llenado los demás requisitos exigidos y no estaba suspenso:

Resultando que recibido el pleito á prueba, que versó sobre el hecho del pago de las contribuciones, el Juez de primera instancia dictó en 26 de Mayo de 1882 sentencia de remate, estableciendo para ello como fundamentos que la excepción de falta de personalidad en el Procurador del ejecutante no aparecía sin poder, ó cuando éste no era bastante, y en autos constaba que el Procurador del acreedor había comparecido con poder bastante, y que la falta del pago de las contri-

buciones en nada afectaba la personalidad del Procurador que comparecía con poder bastante, pues conforme al art. 53 de la instrucción mandada observar por circular de la Audiencia de 30 de Junio de 1880, esa falta de pago sólo traía consigo una responsabilidad pecuniaria:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia de la Habana por virtud de la apelación que Núñez interpuso, la Sala de lo civil dictó sentencia en 13 de Noviembre de 1882, confirmando, con las costas, la apelada por sus mismos fundamentos:

Resultando que contra ella interpuso el ejecutado recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fundó en el caso 2° del art. 8° de la ley vigente de casación por la falta de personalidad del Procurador Reynaldos, confirmada por la doctrina consignada por aquella Audiencia en la sentencia que declaraba la nulidad del juicio ejecutivo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que no existe la falta de personalidad atribuída por parte del recurrente al Procurador del recurrido y en la que se funda el recurso por quebrantamiento de forma, toda vez que se hace consistir en el hecho de estar en descubierto en el pago de la contribución, y esto, si bien puede ser motivo de responsabilidad pecuniaria en lo gubernativo no tenía inhabilitado á dicho Procurador en el ejercicio de su cargo, que por lo demás desempeñaba en la ocasión con poder bastante:

Considerando que no se está por tanto en el caso del núm. 2° del art. 8° de la ley de casación y revisión vigente en Cuba, y por ello no procede el recurso de que se trata;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Vicente Núñez y Luis, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 4 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 del mismo mes y año.)

273

Recurso de casación (5 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —DECLARACIÓN DE INMEDIATO SUCESOR DE UN VÍNCULO Y DERECHO EN SU VIRTUD AL SEÑALAMIENTO DE ALIMENTOS.—Ha lugar al interpuesto por D. Antonio Benavides y Navarrete con D. Manuel Benavides y García (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que conforme al art. 10 *de la ley de* 11 *de Octubre de* 1820, *restablecida en* 30 de *Agosto de* 1836, *y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los bienes que han sido vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de los alimentos debidos á los inmediatos sucesores «con arreglo á la fundación, á convenios particulares ó á determinaciones en justicia;» y por consecuencia que cuando estos alimentos deban consistir en una parte alícuota de los productos de la vinculación, su importancia ha de fijarse por lo que produzcan los mismos bienes de la dotación del vínculo, quien quiera que sea su poseedor y la causa ó título con que los posea.*

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de esta corte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Manuel Benavides y García Zúñiga, propietario, vecino de Villacarrillo, con D. Antonio Benavides y Navarrete, propietario, vecino de esta capital, y con los estrados en ausencia y rebeldía de D. Pedro Serrano Bedoya, Doña María de la Soledad, D. Antonio y Doña María Josefa Benavides y García, Doña Isabel Benavides y Sala, por sí y como madre de los menores D. Manuel y Doña Carmen Benavides y Benavides; D. Pablo, D. Carlos y D. Pedro Alcántara García de Zúñiga, vecinos de Villacarrillo, y D. Félix, D. Sebastián, D. José, D. Francisco y D. Gabino Manjón Rodríguez, D. Sebastián Manjón Ortega, Doña Ana Ortega Fernández, como madre de los menores D. Juan y D. Antonio Manjón Ortega; D. Pedro Sánchez Crespo, como marido de Doña María de los Angeles Manjón Rodríguez; D. José Sánchez Crespo, como marido de Doña María de la Cabeza Manjón Rodríguez, y D. Diego Sánchez Carrascosa, en representación de su mujer Doña María Antonia Manjón Rodríguez, vecinos de Villanueva del Arzobispo, sobre declaración de inmediato sucesor en un vínculo y reconocimiento del derecho á percibir por tal concepto alimentos en determinada cuantía, pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Antonio Benavides, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Ramón Vinader y el Procurador Don Felipe Cano, habiendo sido defendido y representado en este recurso el demandado D. Manuel Benavides por el Licenciado D. Antonio Maura y el Procurador D. Antonio Fernández Campos:

Resultando que en memoria testamentaria de 6 de Abril de 1824 declaró D. Manuel Navarrete Fernández que su esposa Doña María de los Dolores Montilla y Salas había poseído, como vinculadas únicamente, cuatro casas en la ciudad de Granada, que eran: la núm. 11 de la calle del Agua, la núm. 32 de la de la Parra, la núm. 5 de la de Poco Trigo y otra en la de Capuchinos con unos solares, unos pequeños censos por razón del solar con la correspondiente décima sobre las cuatro casas restantes de la calle de Poco Trigo, tres huertos ó cármenes que principiaban en las Eras del Santísimo Cristo y seguían por el callejón que sube al de Cartuja, y un mesón y tierras en el lugar de Dúrcal:

Resultando que por fallecimiento de dicho D. Manuel Navarrete Fernández se partieron sus bienes entre su hija Doña María de las Nieves Navarrete y Montilla y los ocho hijos de su otra hija Doña Francisca de Paula, entre los que se contaban D. Antonio y D. Manuel Benavides y Navarrete, en cuya partición le fueron adjudicados al D. Antonio, demandado en este pleito, entre otros bienes, cuatro hazas de tierra calma de riego, en el término de la villa de Zubia, en 14.421 rs., y 19.350 en la casa de la plazuela de los Lobos de la ciudad de Granada, señalada con el núm. 4 de la manzana 635:

Resultando que por escritura otorgada en esta corte en 23 de Julio de 1841, D. Antonio Benavides y Navarrete vendió á D. Nicolás Bonel y Orbe en precio de 16.000 rs., entre otras fincas, 43 marjales de tierra de regadío, con varios olivos y el sitio de otros olivos y morales que no existían, y seis fanegas y media de secano en tres pedazos en el término y jurisdicción del Valle de Dúrcal, así como una casa mesón en la plaza de dicho punto y el sitio de un molino harinero por bajo de las fuentes, manifestando en la escritura que estas fincas designadas co-

rrespondían á la dotación del vínculo fundado por D. Francisco Rodríguez Cabezas en 16 de Julio de 1650, de que era poseedor, y que podía disponer de ellas por valor menos de la mitad de las pertenecientes á dicha viculación:

Resultando que entre D. Nicolás Bonel y Orbe, en representación de D. Antonio y D. Manuel Benavides y Navarrete de una parte, y los consortes D. Miguel Enríquez y Campos y Doña Irene Fonseca de otra, se otorgó una escritura pública en Granada en 13 de Enero de 1847, en la que consignaron en primer término que D. Antonio Benavides era el poseedor de las vinculaciones que había disfrutado hasta su fallecimiento su abuela Doña María de los Dolores Montilla, á la que correspondían, entre otros bienes, una casa situada en la placeta de los Lobos de aquella ciudad señalada con el núm. 8; la núm. 5 de la calle del Agua; la núm. 26 de la calle Ancha de Capuchinos; la núm. 8, manzana 10, de la calle de Poco Trigo, y la núm. 5 de la calle de la Parra; tres cármenes unidos en el sitio de las Eras del Cristo, y cuatro hazas de tierra calma de riego, en término de la villa de Zubia, manifestaron en segundo lugar que la otorgante Doña Irene Fonseca era dueña y poseedora de los bienes que con su situación, cabida y lind ros describían en los términos de las villas de Villacarrillo, Iznatoras, Villanueva del Arzobispo y Castellón de San Esteban, y diciendo, por último, que conviniendo tanto á ésta como á D. Antonio Benavides la permuta de los bienes expresados, y no habiendo practicado el D. Antonio la división de dichos bienes, vinculados con el inmediato sucesor, su hermano D. Manuel, se había convenido con éste para verificar este contrato, á cuyo efecto había el D. Manuel conferido poder al otorgante D. Nicolas Bonel, llevaron á efecto la permuta, obligándose Bonel, á nombre de los dos hermanos D. Manuel y D. Antonio Benavides á no reclamar en tiempo alguno y por ningún concepto por razón de este contrato contra Doña Irene, y á tener los bienes que ésta entregaba como si fueren los primitivos que sujetó el fundador á la vinculación para que cuando se dividiesen se contase con los mismos á fin de evitar perjuicios á aquélla:

Resultando además que en escritura de 26 de Abril de 1856 D. Antonio Benavides dió á su hermano D. Manuel en permuta por otras fincas un haza de ocho fanegas de tierra y un olivar compuesto de 20 matas en el término de Villacarrillo; y que en otra escritura otorgada en 21 de Marzo de 1851 entre D. Manuel María de Benavides y otros, se hizo constar por aquél que todos los bienes que tenía en aquel término de Villacarrillo D. Juan José Fonseca los había permutado con los pertenecientes en la ciudad de Granada y pueblos de su distrito á D. Antonio Benavides con quien el declarante tenía cambiadas otras fincas:

Resultando que en 16 de Agosto de 1879 dedujo D. Manuel Benavides y García de Zúñiga, hijo de D. Manuel Benavides y Navarrete, la demanda del presente pleito, con la solicitud de que se declarase en definitiva que era inmediato sucesor en el vínculo fundado por D. Francisco Rodríguez Cabezas y sus agregaciones, y tenía derecho á disfrutar alimentos por valor de la sexta parte líquida de la renta total de mayorazgo mientras viviera el actual poseedor D. Antonio Benavides y Navarrete, á quien se condenase al pago de dichos alimentos desde la fecha de esta demanda, mandando inscribir este derecho en el Registro de la propiedad con carga de los bienes constitutivos de la dotación del vínculo; alegando al efecto, después de hacer mención de la escritura

de fundación y agregaciones hechas al mismo, así como de las diferentes personas que lo habían poseído; que el demandado D. Antonio venía poseyéndolo desde fecha anterior al restablecimiento definitivo de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820; que entre los actos ejecutados por dicho actual poseedor figuraba la permuta que había llevado á cabo en escritura pública de 13 de Enero de 1817 de los bienes del mayorazgo por otros de Doña Irene Fonseca; que el art. 10 de la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, dejó á salvo los derechos que en la época vinculer se reconocían á los inmediatos sucesores de todo mayorazgo para recibir alimentos del poseedor, y señaló la extensión de este gravamen que subsiste sobre los bienes aunque pase como libres á otros dueños, limitándole á la sexta parte líquida de la renta del mayorazgo; y que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo no sólo ha reconocido el derecho de los inmediatos sucesores á los alimentos, sino que en 21 de Abril de 1866 afirmó que la obligación de prestarlos y el derecho á percibirlos se extienden á la totalidad de los bienes del mayorazgo en vida del poseedor, aunque éste haya dispuesto de la mitad de los bienes:

Resultando que por un otrosí pidió además el demandante que se mandara anotar preventivamente esta demanda sobre las fincas que la citada escritura de permuta y la certificación del Registrador de la propiedad de Villacarrillo enumeraban como adquiridas por el demandado D. Antonio Benavides de Doña Irene Fonseca; y por otro que se entendiese la demanda con D. Pedro Serrano Bedoya, vecino de Villacarrillo, como poseedor de dos de las fincas que habían de responder al pago de los alimentos en virtud de compra hecha al demandado en escritura de 26 de Octubre de 1876:

Resultando que habiendo resultado del Registro, al hacerse la anotación pedida, que otra de las fincas adquiridas por D. Antonio de Benavides en la permuta con Doña Irene Fonseca habían pasado á poder de terceras personas, hizo el demandante extensiva á éstas su demanda, y hechas las citaciones y emplazamientos, compareció tan sólo D. Antonio Benavides, y fueron declarados los demás rebeldes:

Resultando que D. Antonio Benavides contestó la demanda formulando las siguientes pretensiones: primera, que teniendo por hecha la manifestación de que no se oponía á la declaración de inmediato sucesor en el mayorazgo que pretendía el demandante, si se creía probado su derecho ni á la concesión de alimentos, se fijasen éstos en la décima parte de las rentas que producían ó podían producir los bienes que constituían su dotación; segunda, que se condenase al demandante á perpetuo silencio en caso de que pretendiese que estaban afectas á la prestación de alimentos las rentas de los bienes que no habían sido vinculados, especialmente de los que había adquirido en permuta con otros de su libre propiedad, y tercera, que el demandante y sus coherederos en la herencia paterna eran responsables de los perjuicios y nulidades que hubiesen podido traer consigo las enajenaciones hechas por su padre sin derecho de bienes del demandado; en apoyo de cuyas pretensiones dijo que los bienes del vínculo en cuestión al fallecer la última poseedora su abuela Doña Dolores Montilla eran sólo la cuatro casas, censos de poco valor y solares en Granada, y el mesón y tierras en el lugar de Dúrcal que describió é hizo constar el marido de aquélla Don Manuel Navarrete Fernández en su memoria testamentaria de 6 de Abril de 1824: que por fallecimiento de éste correspondieron al deman-

dado como bienes libres varios bienes, entre otros, una casa en la placeta de los Lobos de la ciudad de Granada, y cuatro hazas de tierra calma de riego en término de la villa de Zubia; que por la escritura de 23 de Julio de 1841 vendió diferentes fincas, entre otras, las que el mayorazgo de Fonseca tenía en el lugar de Dúrcal, pero que no llegaban á la mitad de la dotación del vínculo, y era de advertir además que en aquella ocasión tenía el demandado un hijo menor de edad que era el natural é inmediato sucesor en dicha vinculación; que en la escritura de permuta de 13 de Enero de 1847, su apoderado Bonel, que lo era también de su hermano é inmediato sucesor D. Manuel, cometió el error importantísimo de contar entre los bienes constitutivos del vínculo de Fonseca algunos que le pertenecían en plena propiedad y dominio, como eran la casa de la placeta de los Lobos de la ciudad de Granada y las cuatro hazas de tierra calma de regadío en la villa de Zubia; que muchas de las fincas adquiridas por virtud de esta permuta no estaban ya en su poder; que según se deducía de la demanda, y tenía ya dado á entender el demandante en varias ocasiones, no pretendía alimentos proporcionados al mayorazgo de Rodríguez Cabezas, ó sea á los bienes que constituyeron su dotación, sino que aspiraba á que sirviesen de base para tales alimentos la renta y bienes de Doña Irene Fonseca, tomando por tipo su valor actual con las mejoras hechas en ellos, confundiendo lo libre y lo vinculado, y considerando sujetos á esta responsabilidad los mismos bienes vendidos por su padre; que el importe de los alimentos no debe consistir precisamente en la sexta parte de las rentas, sino que pueden ser en mayor ó menor cantidad, según las circunstancias y lo que regule el prudente juicio de los Tribunales; que fijados por el fundador y agregadores los bienes de la dotación del vínculo, ningún sucesor tiene derecho á solicitar que se le dé más de lo que quisieron aquellos vincular, tanto respecto á bienes como con relación á alimentos; que el caudal á cuyas rentas se ha de atender para fijar las que han de servir de base á los alimentos es el que dejó el fundador Cabezas y llegó hasta el demandado, pero sin incluir las mejoras, y que los alimentos han de tener por base los bienes vinculados y no los adquiridos en permuta por la escritura de 1847:

Resultando que D. Manuel Benavides replicó que en la escritura de permuta se consignó que D. Antonio Benavides quedaba obligado á tener los bienes que iba á recibir, sin excepción alguna, como si fuesen los vinculados, para que cuando se dividiesen se contase con ellos; sin que constase que ni Doña Irene ni el inmediato sucesor hubiesen consentido aquel contrato en caso de establecerse en él que sólo parte y no todos los bienes adquiridos se reputarían como los primitivos de la vinculación; que también se expresaba en la escritura de permuta que los bienes que entregaba D. Antonio procedían entre otros del mayorazgo, pero que con anterioridad había enajenado algunos de la dotación del vínculo, como resultaba de la escritura de 23 de Julio de 1841; que ya se consideren las obligaciones que se impuso D. Antonio Benavides en la escritura de permuta que no había sido anulada ni rescindida, ni siquiera impugnada, ó ya se mida la extensión é intensidad de los derechos que en virtud de ella adquirió sobre los bienes que pasaron á su poder, resultaba incontestable que para computar los alimentos se habían de tener todos los dichos bienes como del mayorazgo en reemplazo de la parte de la primitiva dotación que pasó á manos de Doña Irene Fonseca; que era completamente insostenible la preten-

sión que sustentaba el demandado de que se tomasen en consideración unos bienes para el cómputo de los alimentos y otros diversos fuesen los que soportasen la carga; que sólo los gastos que se justifiquen hechos en concepto de mejoras con los bienes que han de tenerse como de dotación del vínculo podrán rebajarse del valor actual de dicha dotación si por el valor se ha de liquidar la parte de renta en que los alimentos deben consistir, y que todo poseedor de mayorazgo está obligado á conservar íntegra la sustancia de la cosa que forma la dotación:

Resultando que el demandado duplicó que cuando un sucesor de un mayorazgo ha consentido la venta de la mitad no reservable obliga á los demás inmediatos que sucedan según la ley, pero que esto no le concede facultad para la enajenación total, y el pacto que en este sentido se celebre obliga sólo á los que contratan entre sí, pero no á los demás inmediatos que puedan venir ni al poseedor respecto de ellos, porque carecen de acción, pues ninguna nace á su favor ni por ley ni por pacto; que celebrado por el poseedor del vínculo y el inmediato un pacto de los no previstos por la ley, como es el consentimiento en la venta de la mitad, no obliga á más que á aquella que se pactó, y si se convino algo para el caso de la división no hay derecho para extenderle al caso de alimentos; que fijados los bienes sobre cuyas rentas se han de señalar los alimentos, no tiene derecho el inmediato para impedir que se le paguen de cualesquiera bienes ó dinero del poseedor, y que el poseedor de un mayorazgo no es responsable de los bienes de dotación del mismo que no haya recibido de sus antecesores:

Resultando que después de recibido el pleito á prueba, se presentó por el demandante un escrito alegando nuevos hechos, de que juró no haber tenido conocimiento hasta entonces, referentes á la reconvención propuesta por el demandado; y sustanciado el pleito por todos los demás trámites legales, dictó sentencia la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte en 4 de Noviembre próximo pasado, que no fué conforme con la de primera instancia, declarando que D. Manuel Benavides y García de Zúñiga es el sucesor inmediato de su tío Don Antonio en el vínculo fundado por D. Francisco Rodríguez Cabezas y sus agregaciones; que como tal sucesor tiene derecho á percibir los alimentos del poseedor D. Antonio, estimables en una cantidad anual fija correspondiente á la sexta parte de los productos líquidos del mayorazgo y abonables desde la interposición de la demanda, y en lo sucesivo por semestres vencidos; y que para fijar la cuantía de la pensión alimenticia anual han de tomarse en cuenta los productos líquidos por tasación pericial de todos los bienes pertenecientes al mayorazgo, inclusos los subrrogados por la escritura de permuta de 13 de Enero de 1817, aun cuando algunos hayan salido de poder del poseedor obligado á prestar dichos alimentos, y declarando asimismo no haber lugar á la inscripción en el Registro de la propiedad de los bienes vinculados por razón de los alimentos al sucesor inmediato á que está obligado el poseedor, en cuyo extremo se absolvía al demandado, así como también al demandante en cuanto á la reconvención deducida por aquél:

Resultando que D. Antonio Benavides y Navarrete interpuso recurso de casación, por considerar infringidos:

1° El principio de derecho y práctica establecida por los Tribunales sobre prestación de alimentos á los inmediatos sucesores á los mayorazgos de que la cuantía de tales alimentos debe fijarse teniendo en cuenta los bienes de la fundación y no otros distintos, sancionado, en-

tre otras sentencias, por la de 31 de Marzo de 1865, que dicen que deben deducirse de los productos de los bienes que eran vinculados ó que son inherentes á los mismos, porque la sentencia recurrida ha tomado como base para el señalamiento de alimentos á D. Manuel Benavides el producto de bienes que nunca han sido vinculados, debiendo haberlos fijado partiendo de la base de los que constituian la dotación, pues al tomarse como tipo para la fijación de dichos alimentos el producto de los bienes de Doña Irene Fonseca, se quiere hacer participar al inmediato del lucro que haya obtenido el recurrente de un contrato, del cual, á lo menos en su mitad, nada debia ganar el inmediato:

2° El art. 14 de la ley de 27 de Setiembre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, según el cual nadie podrá en lo sucesivo por ningún título ni pretexto fundar mayorazgo ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes ni derechos en el concepto de que la sentencia recurrida da el carácter de vinculados á los bienes procedentes de Doña Irene Fonseca que eran libres en 1836, y los ha considerado sujetos á obligaciones propias de los vínculos:

3° El art, 1° del decreto de Cortes de 19 de Junio de 1821, restablecido también por la ley de 30 de Agosto de 1836, en el que se dispone que los poseedores de los mayorazgos pueden enajenar la mitad de ellos sin previa tasación, si consintiese el que sea inmediato sucesor en la época de la enajenación, por cuanto la Sala sentenciadora ha creído que los bienes libres de Doña Irene Fonseca, permutados por los de la dotación del mayorazgo de Cabezas en la escritura de 13 de Enero de 1847, ineficaz á lo menos respecto de la mitad de éstos, quedaban vinculados ó sujetos á las obligaciones transitorias que pesaban sobre los vinculados:

4° Las doctrinas de que las obligaciones contraídas entre el actual poseedor y el inmediato, obligan á uno y á otro, y á los inmediatos que puedan sobrevenir, si aquéllos contratan dentro de lo establecido en el artículo 1° de la ley de 19 de Junio de 1821, pero no en cuanto á aquellas obligaciones contraídas fuera de la ley; así como la otra doctrina de que el que no tiene acción personal proveniente de contrato, ni real ni nacida de la ley, no puede reclamar cosa alguna; y el principio de que la ley del contrato no es sólo para los contratantes, sino para los que traen causa de ellos, sancionada en la sentencia de casación de 13 de Marzo de 1862, por cuanto el demandante D. Manuel Benavides nada había contratado con el demandado, hoy recurrente, para poner en lugar de los bienes vinculados los de Doña Irene Fonseca, y el contrato hecho por el que era inmediato sucesor en 1847 no le da acción personal, sobre todo teniendo en cuenta que aquel contrato abarcaba extremos prohibidos por la ley, como es la enajenación del total de los bienes vinculados, por cuya razón ni por contrato puede reclamar que para fijar la cuantía de alimentos se pongan en cuenta los bienes de Doña Irene Fonseca, ni puede reclamar en virtud de la ley, pues ésta no permite la enajenación más que de la mitad, y no pone en ningún caso unos bienes en lugar de otros, prescribiendo siempre la conservación de la mitad de los vinculados:

5° La ley del mismo contrato contenido en la escritura de 13 de Enero de 1847 y las sentencias de este Tribunal Supremo de 24 de Noviembre y 13 de Diciembre de 1859, que declaran que es la ley de la materia, así como la doctrina legal y jurisprudencia establecida en la de 29 de Octubre de 1864, y en otras varias que declara que no pue-

de invocarse útilmente por ninguna de las partes regla ó doctrina alguna para la interpretación extensiva del contrato, debiendo entenderse éste en un sentido literal y estricto; en el concepto de que la sentencia considera obligado al recurrente á tener los bienes de Doña Irene Fonseca como los primitivos que sujetó el fundador á la vinculación para el fin de los alimentos, siendo así que en la citada escritura de 1847 sólo se estipuló para el fin de la división, lo cual es interpretarlo extensivamente aplicándolo á casos no previstos y olvidarse al hacerlo de que se trata de un contrato celebrado contra las leyes, en el que no tuvo parte ni trae causa de los que la otorgaron el que hoy pretende que se aplique en su favor interpretado en la forma dicha:

6° El principio de derecho de que *ubi est eadem legis ratio, ubi eadem esse debet juris dispositio*, en cuanto considera la sentencia que por la escritura de 1847 se pusieron por la permuta los bienes libres de Doña Irene Fonseca en lugar de los vinculados, juzgando que no son ya éstos los que han de servir de base para la cuantía de los alimentos; y sin embargo, no aplica la misma doctrina con los bienes de Doña Irene Fonseca, que después de 1847 han sido permutados por la recurrente con consentimiento del inmediato sucesor, pues si la enajenación por permuta con consentimiento de éste de los bienes verdaderamente vinculados impide que sirvan de base sus frutos para fijar la cuantía de los alimentos, con más razón la permuta de los que nunca fueron vinculados con consentimiento del inmediato ha de impedir que los frutos de ellos sirvan de base para la fijación de la cuantía de los alimentos;

Y 7° La ley 21, tít. 5°, Partida 7ª, que establece el principio de que el error de hecho vicia el contrato; en el concepto de que considera la sentencia recurrida que por la permuta de 1847 se colocaron los bienes de Doña Irene Fonseca íntegros en lugar de los vinculados por Cabezas, siendo así que se colocaron parte en lugar de los vinculados, que eran los menos, y parte en lugar de otros bienes libres del recurrente, como eran los del pueblo de Zubia y una casa en la plaza de los Lobos de la ciudad de Granada, que adquirió por muerte de su padre y que nunca habían tenido relación alguna con el mayorazgo de Cabezas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que conforme al art. 10 de la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, y á la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, los bienes que han sido vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de los alimentos debidos á los inmediatos sucesores «con arreglo á la fundación, á convenios particulares ó á determinaciones en justicia,» y por consecuencia que cuando estos alimentos deban consistir, como en el caso de autos acontece, en una parte alícuota de los productos de la vinculación, su importancia ha de fijarse por lo que produzcan los mismos bienes de la dotación del vínculo, quien quiera que sea su poseedor y la causa ó título con que los posea:

Considerando que la sentencia recurrida, en cuanto prescinde de este principio legal y de la jurisprudencia invocada en el primer motivo, y manda que para la regulación de los alimentos que concede á Don Manuel Benavides se tome en cuenta el producto de los bienes que han sido de Doña Irene Fonseca y pasaron á D. Antonio Benavides por virtud de la permuta de 13 de Enero de 1847, y no el de los que formaron la dotación del vínculo fundado por D. Francisco Benavides Cabezas, infringe dichas disposiciones legales;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio Benavides y Navarrete, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 4 de Noviembre de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte.—(Sentencia publicada el 5 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Noviembre del mismo año.)

274

Recurso de casación (5 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—REDENCIÓN DE UN CENSO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Angela Romero con D. Pedro Camarasa (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1º *Que lo convenido es la ley del contrato para los interesados y los que de ellos traen causa, debiendo estarse para su inteligencia á los términos en que la obligación se halle redactada, sin extenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado expresamente:*

2º *Que si el terreno concedido á censo enfitéutico lo fué con la condición de que se redimiría dicho censo antes de 15 años; y en documento privado posterior se convino por uno de los dos estabilientes que pudiera redimirse aun después de aquel tiempo, añadiéndose la cláusula de «siempre y cuando mejor parezca y convenga al dicho señor estabiliente;» la sentencia que condena á la redención del censo, no infringe el principio de derecho* pacta sunt servanda; *la ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación; la constante jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en multitud de sentencias, de que lo pactado entre las partes es ley en la materia; las leyes 34 y 168, parte 1ª, Digesto* De regulis juris; *ley 219, Digesto* De verborum significatione; *ley 2ª, tít. 33, Partida 7ª, y doctrina que establece que los contratos deben interpretarse según la intención de los contrayentes y su sentido general, y no en el estrictamente literal de las palabras, y en caso de duda por la que conduzca á la validez del pacto:*

3º *Que tampoco infringe la ley 119, tít. 16 de la Partida 3ª, ni la doctrina según la que, tratándose del cumplimiento de una obligación personal contraída en documento cuya validez no se ha puesto en duda por las partes, la falta de inscripción del título en el Registro de la propiedad no puede ser óbice al cumplimiento de lo estipulado; porque el documento privado lo autorizó uno solo de los dos estabilientes, y además porque de su literal contexto aparece que no quedaba á voluntad del enfiteuta redimir el censo cuando lo tuviera por conveniente;*

Y 4º Que si al absolver de la reconvención la sentencia recurrida, lo hace bajo el concepto de no haberse probado por la demandada, como le incumbía hacerlo, se citan con inoportunidad las leyes 22, 37 y 40 Digesto, libro 12, tít. 6º, las 28 y 30, tít. 14, Partida 5ª combinadas con la 1ª, párrafo primero, libro 12, tít. 6º Digesto y el principio legal de que el derecho no se prueba, una vez que contra la apreciación hecha de las pruebas no se alega error de derecho ó de hecho fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del Juzgador.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Octubre de 1883, en los autos

seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Beltrán de la ciudad de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del mismo distrito por D. Pedro Camarasa, propietario, vecino de la villa de Gracia, con Doña Angela Romero, viuda, monja en el convento de las Salesas de dicha ciudad, sobre reducción de un censo; autos pendientes ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de la Doña Angela por el Procurador Don Federico Grases bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Rodó y Casanova; habiendo representado y defendido á Camarasa el Procurador D. Patricio García de Alcañiz y el Licenciado D. Modesto Llorens:

Resultando que por escritura otorgada en 27 de Abril de 1851, inscrita en el Registro de la propiedad, Doña Isabel Camarasa, viuda de D. Marcos Camarasa y Crucelles y D. Jaime Camarasa y Montañola, en las respectivas calidades, aquélla de usufructuaria, y éste de heredero y usufructuario de los bienes de su mencionado esposo y tío, concedieron en enfitéusis á D. Ramón Martí y Balins una porción de terreno de unas ocho mojadas de tierra campa, sitas en término de la villa de Gracia, con los pactos, entre otros, de que el adquisidor, además de mejorar la finca establecida, se obligaba á pagar á los estabilientes el censo de nuda percepción de 560 libras al año por semestres vencidos; y además á redimir dicho censo antes de 15 años, en partidas que no fueran menores de 5.000 libras cada una en monedas de oro ó plata:

Resultando que en documento privado firmado en Barcelona en 30 de Mayo de dicho año de 1851 por Jaime Camarasa se dice que sin embargo de que en la escritura de establecimiento que firmó con su tía Doña Isabel Camarasa en 27 de Abril anterior á favor de D. Ramón Martí y Balins, se impuso el censo de 560 libras, debiéndolo redimir según el pacto seguido antes de 15 años de la fecha de dicha escritura, después por los motivos fundados que le había manifestado dicho D. Ramón Martí habían convenido que el censo pudiera redimirlo aun después de los 15 años, y siempre y cuando mejor pareciera al dicho señor estabiliente:

Resultando que fallecido el adquisidor de dicha finca D. Ramón Martí y Balins le sucedió su esposa Doña Angela Romero, actualmente religiosa del convento de las Salesas de la Visitación de Barcelona, la cual ha continuado pagando el censo, y D. Pedro Camarasa sucedió como heredero á los estabilientes Doña Isabel Camarasa y D. Jaime Camarasa:

Resultando que en 25 de Agosto de 1880 D. Pedro Camarasa dedujo demanda ordinaria, exponiendo, en méritos de la escritura de establecimiento de 27 de Abril de 1851, que los 15 años contados desde la fecha del otorgamiento de la escritura finieron en 21 de Abril de 1864; que D. Ramón Martí, adquisidor, había fallecido, sucediéndole su esposa Doña Angela Romero de Martí, actualmente monja de las Salesas, la cual había continuado pagando al alegante el censo referido, como heredero de los estabilientes de Doña Isabel Camarasa y D. Jaime Camarasa; que el alegante había instado varias veces á Doña Angela Romero de Martí, para que le redimiese el expresado censo al tipo del 3 por 100 según costumbre; pero no había podido conseguirlo, alegando pretextos que no pueden ni deben apreciarse, y suponiendo por último que tenía algún documento, que en el caso de existir, no expresaba; mas á juzgar por alguna noticia sabida por el demandante que en vez de tener que redimir el censo antes de los 15 años, puede redimirse aun

después de estos 15 años, y diciendo ejercitar la acción *ex convertione*, y la real y personal que se deriva de la citada escritura de establcimiento, pidió que se condenara á Doña Angela Romero en haber de redimir al tipo del 3 por 100 el censo de 560 libras moneda barcelonesa, equivalentes á 1.493 pesetas 33 céntimos en monedas de oro ó plata, á tenor de lo estipulado en dicha escritura de establecimiento, y al pago de las costas con salvedad de pago de las pensiones del propio censo que hubieren vencido ó vencieren hasta el día de la redención, y de cualquiera otro derecho que compitiera al alegante:

Resultando que conferido traslado de la demanda á Doña Angela Romero de Martí, la contestó exponiendo que D. Jaime Camarasa, de quien D. Pedro se titulaba heredero y sucesor, otorgó en 30 de Mayo de 1851, á favor de D. Ramón Martí, causante de la demandada, el contrato que resulta del documento que acompañaba, en cuya virtud modificó el pacto segundo de la escritura de establecimiento, producida por el actor en el sentido de dejar en libertad al propio D. Ramón Martí para verificar la redención del censo siempre que así le pareciese y conviniese, siendo por consiguiente contraria á derecho la declaración del demandante; que éste conocía perfectamente la existencia del documento de que se trata, como se probaría si lo negaba, por lo que no podía decir que sólo alguna noticia había tenido, motivando dicho conocimiento la tenacidad con que había incoado el pleito; que bajo ningún concepto podría obligar á la demandada á redimir el censo al tipo del 3 por 100 porque no hay razón legal que apoye dicha pretensión: y oponiendo las excepciones *pacta conventi* y *sine actione agis*, pidió que se le absolviese de la demanda, imponiendo las costas al actor; formulando reconvención, consignó como hechos que la alegante y sus causantes habían satisfecho á Camarasa todas las pensiones de censo al tiempo debido, según resulta de la libreta de recibos que presentaba; que Camarasa al hacer los cobros había abonado constantemente á la alegante y sus causantes un tanto por 100 en el concepto de contribución debida por el censo, pero por error de cálculo seguramente ó por equivocación en el tipo á que correspondía computar la contribución aludida, el abono había sido menor del debido desde muchos años á esta parte, que por tanto Camarasa había venido cobrando de la alegante y sus causantes una cantidad indebida, que por serlo debía de reintegrar, cuya reclamación era el objeto de la reconvención; y después de alegar varios fundamentos de derecho y ejercitando la acción personal *condictio in debiti*, y demás personales derivadas de lo expuesto, pidió que se condenara á D. Pedro Camarasa á pagar á la alegante el importe de las diferencias entre lo que á la misma se le había abonado, y á sus causantes por razón de contribución del censo, y lo que realmente debía abonársele atendido el tipo de la contribución misma en cada uno de los años, cuyo importe se fijaría convenientemente, y al pago de las costas:

Resultando que conferido traslado á la parte actora para réplica, reprodujo los hechos de la demanda, y en cuanto á la reconvención expuso que en el pacto primero de la escritura de establecimiento constaba que el causante de la demandada se obligó á pagar al del alegante el censo de 560 libras, el cual acreditaba con la libreta que presentó; que era inexacto que el alegante y sus causantes hubiesen cobrado jamás una cantidad indebida; por el contrario, habían dejado de cobrar todo lo que por censo estipulado les era bien debido; por lo que

se le absolviese de la reconvención, imponiendo las costas á la demandada:

Resultando que después de duplicar la demandante insistiendo en sus anteriores alegaciones y pretensiones, se recibió el pleito á prueba, y practicadas las propuestas por las partes alegaron en su vista, pretendiendo la demandada respecto á la reconvención que se condenara al actor á pagarle la cantidad de 1.678 pesetas, ó la que resultare más cierta:

Resultando que el Juez de primera instancia, por sentencia de 19 de Diciembre de 1881, condenó á Doña Angela Romero de Martí á que dentro del término de 20 días redima el censo de 560 libras catalanas, iguales á 1.493 pesetas 33 céntimos que pesa sobre la finca deslindada en la demanda al tipo del 3 por 100, absolviendo al demandante de la reconvención propuesta en su contra, sin hacer especial condenación de costas; y admitida la apelación interpuesta por la demandada y sustanciada la alzada, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de 16 de Octubre de 1882, confirmó con las costas la apelada:

Resultando que Doña Angela Romero de Martí interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1° El principio de derecho *pacta sunt servanda*; la ley 1ª, título 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la constante jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre otras, las de 11 de Abril de 1865, de que lo pactado entre las partes es ley en la materia; principio y jurisprudencia que infringe la sentencia recurrida al condenar á la recurrente á redimir el censo á los 15 años, no obstante lo convenido en contrario en el contrato privado de 30 de Mayo de 1851:

2°. Las leyes 34 y 168, parte 1ª, Digesto *De regulis juris*; ley 219, Digesto *De verborum significatione*; ley 2ª, tít. 33, Partida 7ª, y sentencia que establecen que los contratos deben interpretarse según la intención de los contrayentes y su sentido general, y no el sentido estrictamente literal de las palabras, y en caso de duda por la que conduzca á la validez del pacto; é infringe estas leyes en cuanto la Sala desestima lo pactado en el contrato privado como modificación del anterior contrato, fundándose en el sentido literal de la palabra *estabiliente* completamente en pugna con la intención de los contratantes y el sentido general de contrato, y que dándole esta palabra un sentido absurdo conduce á la nulidad del pacto:

3° La ley 119, tít. 16, Partida 3ª, y la doctrina sentada en sentencias de este Tribunal Supremo de 15 de Diciembre de 1860, 14 de Febrero y 20 de Junio de 1865, 18 de Marzo de 1867, que dan el valor de escritura pública á los documentos privados reconocidos por la parte á quien perjudican, en cuanto niega eficacia al documento privado de autos reconocido por la parte actora, y cuyo reconocimiento se da por hecho en la propia sentencia recurrida:

4° La doctrina constante de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 21 de Diciembre de 1861, 10 de Setiembre de 1683, 5 de Mayo de 1869, especialmente la de 4 de Marzo de 1872, de que tratándose del cumplimiento de una obligación personal contraída en documento, cuya validez no se ha puesto en duda por las partes, la falta, de inscripción del título en el Registro de la propiedad no puede ser óbice al cumplimiento de lo estipulado en cuanto la sentencia niega la

validez del contrato privado por no haberse inscrito en el Registro de la propiedad, ni constar en escritura pública:

5° Las leyes 22, 37 y 40 Digesto, libro 12, tít. 6°; las 28 y 30, tít. 14, Partida 5ª combinadas con la 1ª, párrafo primero, libro 12, tít. 6° Digesto, que determinan las condiciones de la obligación de restituir lo cobrado indebidamente en cuanto absuelve al actor de la reconvención opuesta por la recurrente:

6° El principio legal de que el derecho no se prueba, al no dar lugar á la reconvención por no haber la recurrente prensentado pruebas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que lo convenido es ley del contrato para los interesados y los que de ellos traen causa, debiendo estarse para su inteligencias á los términos en que la obligación se halle redactada, sin extenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado expresamente:

Considerando que el terreno concedido en 27 de Abril de 1851 á censo enfitéutico lo fué con la condición de que se redimiría dicho censo antes de 15 años; y que si bien es cierto que en documento privado de 30 de Mayo de 1851 se convino por uno de los dos estabilientes que pudiera redimirse aun después de aquel tiempo, también lo es que se añadió la cláusula de «siempre y cuando mejor parezca y convenga al dicho señor estabiliente,» razón por la que la sentencia recurrida, al condenar á la redención del censo, no infringe las leyes y doctrina que se invocan en los dos primeros motivos del recurso:

Considerando que tampoco infringe la expresada sentencia la ley 119, tít. 16 de la Partida 3ª, ni la doctrina que se alega en los motivos 3° y 4°, porque el documento privado de 30 de Mayo de 1851 lo autorizó uno solo de los dos estabilientes, además porque de su literal contexto aparece como ya se ha dicho, que no quedaba á voluntad del enfiteuta redimir el censo cuando lo tuviera por conveniente:

Considerando que al absolver de la reconvención la sentencia recurrida, lo hace bajo el concepto de no haberse probado por la demandada como le incumbía hacerlo y por ello se citan con inoportunidad las leyes y doctrina de los dos últimos motivos del recurso, una vez que contra la apreciación hecha de las pruebas no se alega error de derecho ó de hecho fundado en documento ó auto auténtico que demuestre la equivocación evidente del Juzgador;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Angela Romero de Martí, á la que condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositó, que se distribuirá en la forma prevenida por la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos.—(Sentencia publicada el 5 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 9 de Noviembre del mismo año.)

275

Recurso de casación (5 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —PROPIEDAD DE UN TERRENO.—No ha lugar al interpuesto por D. Raimundo Villar Gutiérrez, con D. Vicente Caro (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

1º *Que según tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, cuando la Sala sentenciadora no desconoce la autenticidad y validez de un documento público sino que lo combina con los demás datos procesales para deducir el verdadero derecho de los litigantes, no infringe la ley* 114, *tít.* 18 *de la Partida* 3ª;

Y 2º *Que no es procedente el motivo de casación que se refiere á la apreciación de la prueba testifical hecha por la Sala sentenciadora sin que el hecho consignado en la misma se impugne en la forma que prescribe el art.* 1692, *caso* 7º, *de la ley de Enjuiciamiento civil.*

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Octubre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Llanes y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Raimundo Villar Gutiérrez como marido de Doña Dionisia García Díaz, y curador *ad litem* de los menores D. Andrés y Doña María García Díaz y D. Pedro García Díaz, vecinos de Arenas en el Concejo de Cabrales, representados en este Tribunal Supremo por el Procurador D. José García Noblejas, bajo la dirección del Licenciado D. José R. Villegas, con D. Vicente de Caro y Díaz, como marido de Doña Amalia Mier vecino de dicha villa de Llanes, representado y defendido por el Procurador D. Félix Bazán y el Licenciado D. Francisco Pi y Margall sobre propiedad de un terreno y nulidad de sentencia dictada en un interdicto:

Resultando que por escritura pública de 19 de Mayo de 1849 otorgada en el lugar de Allés, Concejo de Penamellera, D. Juan Paulino García adquirió por título de compra de Doña Francisca Cosío, mujer de Don José Ramón Trespalacios, vecinos del citado pueblo de Allés, entre otras fincas, un cierro por la parte de arriba de dicha casa, cabida de dos días de bueyes poco más ó menos según linda al Saliente con un bravío perteneciente á la misma finca; que linda por Este con una llosa de D. Ramón de Mier, y por la parte de Sur linda bravío y Cierzo con otra carretera que va al lugar de Póo; cuya finca, así como las demás enajenadas por dicha escritura, radican en el sitio llamado de Panderrieses, términos de Arenas, en el ya mencionado Concejo de Cabrales:

Resultando que D. Juan Paulino García falleció en 17 de Octubre de 1867 sin otorgar disposición testamentaria, y promovido el correspondiente juicio de abintestato, por sentencia de 12 de Noviembre de 1879 fueron declarados herederos suyos sus hijos legítimos Doña Dionisia, D. Pedro, D. Andrés y Doña María García y Díaz, como también lo fueron por auto de 11 de Noviembre de 1881 de su madre Doña María del Carmen Díaz y García, muerta en 2 de Setiembre del expresado año:

Resultando que en 24 de Octubre de 1878 D. Vicente de Caro presentó demanda de interdicto de recobrar contra Doña María del Carmen

Díaz y D. Raimundo Villar, viuda é hijo político respectivo de D. Juan Paulino García fundado en que éstos habian cercado un terreno inculto en término de Arenas, y sitio llamado Campo de Degero, incluyendo en el cercado una parte que pertenecía en propiedad y posesión al demandante, privándole además de servidumbres establecidas para el uso y aprovechamiento de la casa y bosque y amatando el nuevo cierro con la pared del Oeste de esta finca; cuyo juicio, sustanciado sin audiencia de la parte contraria, terminó por sentencia de 26 de Abril de 1879, mandando reintegrar á D. Vicente de Caro y Díaz en la posesión y tenencia del terreno del sitio titulado Campo del Degero, en la de los servicios sobre el mismo establecidos á favor de la finca y bosque del Degero, y en la de la pared Oeste de dicha finca, condenando á Doña María del Carmen Díaz y D. Raimundo Villar al pago de todas las costas y á la indemnización de perjuicios y devolución de frutos:

Resultando que en 4 de Febrero de 1880, Doña María del Carmen Díaz, hoy sus herederos, y D. Raimundo Villar, como marido de Doña Dionisia García Díaz, deujeron demanda ordinaria; y ejercitando la acción mixta, ó sea real y personal correspondiente contra D. Vicente de Caro y Díaz, alegaron que D. Juan Paulino García poseyó durante sus días el predio adquirido por la escritura de 19 de Mayo de 1849, ya aumentando el plantío de arbolado que en él existía, ya aprovechando los productos del mismo; que en el año 1865 D. Vicente de Caro Díaz principió la construcción de un cierro en él sitio llamado Campo del Degero, situado al Sur del cierro y bravío de Panderrieses incluyendo en dicho cerramiento como tres días de bueyes del cierro antes citado, y obstruyendo una antigua servidumbre peonil y de carro que desde inmemorial pesaba sobre el Campo del Degero en favor de los predios de Panderrieses, lo cual dió lugar á que D. Juan Paulino García interpusiere demanda de interdicto de recobrar contra Caro Díaz, que terminó por sentencia de 26 de Abril de 1866 mandando reintegrar á aquél en la posesión y tenencia en que se hallaba del terreno de tres días de bueyes bravío y plantado de árboles, y en la servidumbre peonil y de carro constituída á favor de su finca de Panderrieses; que en la citada demanda no se pidió más que la restitución de tres días de bueyes porque era el terreno ocupado por Caro; pero esto no significa ni podía significar que D. Juan Paulino García dejase de ser dueño de toda la heredad, cierro y bravío deslindado en el título de propiedad de que se ha hecho mérito; que los demandantes, deseando mejorar el fundo señalado con el núm. 3° de la escritura de 19 de Mayo de 1849; dispusieron su cerramiento, y Caro Díaz promovió el interdicto de que se ha hecho mención, cuyos fundamentos eran falsos, pues lo que el interdictante llama Campo del Degero no es otra cosa que el cierro de Panderrieses, el cual no fué nunca por Caro Díaz perteneciendo á los actores y sus causantes D. Juan Paulino García desde que éste lo adquiriera; que el Campo de Degero radica al Sur del bosque del Degero y cierro de Panderrieses, sin que sea posible el enlace ó amate de la empalizada de este cierro con la finca del bosque, por mediar entre aquél y ésta un arroyo y un matorral con una profundidad de consideración; que eran asimismo imaginarios los servicios ó tránsitos peoniles de ganado y de carro á favor de la finca á que se refiere el interdicto, pues la heredad, bosque y casa del Degero tienen su servicio desde el pueblo de Arenas por un camino público y otras sendas; y después de alegar varios fundamentos de derecho, pidieron se declara-

se que el cierro y bravío de Panderrieses comprendido en la escritura de 19 de Mayo de 1849, sobre el cual ha versado el interdicto propuesto por D. Vicente de Caro Díaz, correspondía á la herencia indivisa de D. Juan Paulino García en propiedad y posesión ó en cualquiera de dichos conceptos, que es libre de toda servidumbre á favor de la casa bosque del Degero; que no se ha hecho enlace del cierro referido con la pared ó sebe de la finca del bosque; que por ello ha sido injusta y temeraria la demanda de interdicto propuesta por D. Vicente de Caro Díaz contra los hoy demandantes, condenándole á que á su costa reponga el cerramiento al ser y estado en que se encontraba antes de la restitución llevada á efecto á virtud de la demanda interdicta, á la devolución de frutos é indemnización de perjuicios, pago de las costas del litigio é importe de las que solventaron los actores á consecuencia del fallo de 26 de Abril de 1879 y perjuicios indemnizados; y en el caso de no haber lugar á la declaración de propiedad y posesión verdadera, determinar que no habiendo poseído civil y materialmente D. Vicente de Caro Díaz el terreno que dicho cerramiento comprende, sino por el contrario los demandantes, no habiendo existido ni existiendo servidumbre alguna en dicho fundo á favor de la casa y bosque Degero, ni mediado el amate que la demanda interdicta menciona, dejar sin efecto la citada sentencia de 26 de Abril de 1879 con las mismas declaraciones sobre reposición del cierro al ser y estado que tenía, indemnización de perjuicios sufridos y que sufran los demandantes, pago de costas que ocasione este pleito, devolución de las solventadas en virtud de la sentencia interdictal y de los perjuicios á la misma consiguientes también satisfechos:

Resultando que conferido traslado de la demanda al D. Vicente Caro Díaz, le evacuó alegando que, como marido de la Doña Amalia de Mier, era dueño y estaba poseyendo desde inmemorial los terrenos que radican en el pueblo de Arenas, conocidos con el nombre del Degero, cuyos linderos son al Este bosque del Degero y otros del demandado; Sur riego de Acebo y propiedades de los herederos de D. Santos de la Sierra y D. Juan Antonio de Matas; Oeste bosque de Vidres, y Norte camino real ó público del Concejo de Cabrales; que á consecuencia del cerramiento realizado por los demandantes, se le privó de una porción de terreno de su pertenencia, así como de varias servidumbres, ya de carro, ya para ganados, ya peoniles, constituídas de antiguo para el servicio de la casa y bosque del Degero, confrontando además el nuevo cierro con la divisoria del Oeste del mencionado bosque; que la herencia de D. Juan Paulino García permanecía yacente, y por consiguiente proindiviso, y no apareciendo que hubiese sido aceptada por sus herederos, se consideraba subsistente la persona del finado, y ninguno de dichos herederos tenía personalidad legal para reclamar los derechos que á la misma correspondían; que las escrituras públicas, para ser eficaces en juicio, se previene por el art. 280 de la ley de Enjuiciamiento civil que están otorgadas con arreglo á derecho, y la de 19 de Mayo de 1849 no se halla firmada por las personas que la otorgaron, advirtiéndose además varias enmiendas; que de todos modos el terreno sobre que se cuestiona radica en el Campo del Degero, y de él es dueño el demandado en virtud de escritura pública otorgada por los vecinos de Arenas á favor de D. Juan de Mestas, antecesor de Doña Amalia de Mier, y de sentencia dictada en pleito contencioso-administrativo que sostuvo con los vecinos del referido pueblo sobre posesión y

propiedad del Campo de Degero. Por todo lo que pidió se le absolviera de la demanda con las costas:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes insistiendo en sus anteriores pretensiones se recibió el pleito á prueba, y practicadas las propuestas por aquéllas por medio de posiciones. documentos y testigos, el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpuso apelación D. Vicente Caro y Díaz, y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, por sentencia de 7 de Noviembre de 1882 revocando la apelada, absolvió á D. Vicente de Caro Díaz de la demanda contra él interpuesta por D. Raimundo Villar y consortes sobre propiedad ó posesión del cierro ó bravío de Panderrieses, declaración de estar libre de servidumbre y dejar sin efecto la sentencia de un interdicto, sin hacer especial condenación de costas ni de primera ni de segunda instancia:

Resultando que por parte de D. Raimundo Villar Gutiérrez, como marido de Doña Dionisia Díaz y en concepto de curador *ad litem* de los menores D. Andrés, Doña María García Díaz y D. Pedro García Díaz, se interpuso recurso de casacion, alegando como motivos:

1° Que la Sala sentenciadora, al dictar el fallo recurrido prescindió en absoluto de lo que resulta de la escritura de 19 de Mayo de 1849, otorgada con todos los requisitos legales, perfectamente eficaz para hacer plena prueba en juicio presentada por los recurrentes, y de la que aparece que su causante adquirió además de otras fincas el cierro de que se trata en el pleito en término de Arenas, y al no dar á este documento público, auténtico y sin tacha legal todo el valor probatorio que necesariamente debe tener, se ha infrigido la ley 114, tít. 18 de la Partida 3ª, y la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que tiene declarado, entre otras sentencias, en la de 20 de Febrero de 1866, que la ley anteriormente citada da fuerza plena probatoria á los documentos públicos sin vicio ni tacha legal cotejados con sus originales, y que cuando el demandante prueba su acción con documentos de esa clase, la sentencia que no les da fuerza probatoria á pesar de su cotejo con los originales y absuelve al demandado, infringe la dicha ley 114, tít 18, Partida 3ª:

2° Que se halla justificado en los autos por declaraciones de testigos intachados é intachables que el cierrro á que se refiere el litigio, que no es otro que el comprendido en la escritura de 1849 y que fué objeto del interdicto de recobrar entablado por D. Vicente Caro Díaz contra D. Raimundo Villar y su esposa, no ha sido jamás poseído por aquél ni su familia ni otra persona en nombre de los mismos; que esta prueba echa, á no dudarlo, por tierra la que sin audiencia del recurrente presentó Caro en el juicio sumarísimo, y quedó por consiguiente plenamente demostrada la falsedad de lo que entonces se afirmó, quedó evidenciado en el pleito ordinario que los dos extremos alegados necesarios para que el interdicto procediese son falsos; que si, pues, el demandado en estos autos no ha tenido nunca la posesión que supuso, al no estimar la Sala sentenciadora este hecho importantísimo que abraza uno de los puntos de la demanda, y sólo por el cual debía fallarse con arreglo á lo en ella solicitado, se infringía la regla de sana crítica de que dos ó más testigos contestes en el hecho, sin tacha, imparciales y que reunan las demás circunstancias que demuestren su veracidad, harán prueba plena cuando sus dichos no hayan sido desvirtuados por otros en contrario:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que, según tiene declarado reiteradamente este Tribunal Supremo, cuando la Sala sentenciadora no desconoce la autenticidad y validez de un documento público sino que lo combina con los demás datos procesales para deducir el verdadero derecho de los litigantes, no infringe la ley 114, tít. 18 de la Partida 3ª, y siendo esto aplicable al caso de autos, puesto que el fallo recurrido absuelve al demandado en el concepto de no haber acreditado la parte actora que el terreno litigioso sea el mismo que se vendió por el contrato escriturado de 19 de Mayo de 1849, no puede estimarse el primer fundamento de casación alegado:

Considerando que tampoco es procedente el 2º por cuanto se refiere á la apreciación de la prueba testifical hecha por la Sala sentenciadora sin que el hecho consignado en la misma se impugne en la forma que prescribe el art. 1692, caso 7º de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Raimundo Villar Gutiérrez, como marido de Doña Dionisia García Díaz, y además como curador *ad litem* de los menores D. Andrés, Doña María y Don Pedro García Díaz, al que en los conceptos con que litiga condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Oviedo, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos. —(Sentencia publicada el 5 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Noviembre del mismo año.)

276

Recurso de casación (6 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—Reivindicación de terrenos.—No ha lugar al interpuesto por D. Augusto Cuevas Camacho con el Ayuntamiento de la villa del Paso (Audiencia de las Palmas), y se resuelve:

1º *Que no son admisibles los motivos de casación basados en un supuesto inexacto y contrario á lo expresamente consignado en la sentencia:*

2º *Que cuando la prueba se compone de documentos y testigos y la Sala sentenciadora, usando de las facultades que la competen, la aprecia por el resultado que ambas ofrecen, no es permitido descomponerla al propósito de alegar infracciones en relación al valor que pueda darse aisladamente á cada uno de esos elementos, rompiendo la cohesión y fuerza que naturalmente se prestan, sino que es preciso alegar y demostrar que la apreciación de ese conjunto ha sido hecha con error de derecho, citando al efecto la ley ó doctrina legal infringida, ó con error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos de los cuales aparezca la equivocación evidente del Juzgador:*

3º *Que la jurisprudencia que el Tribunal Supremo tiene establecida, con arreglo á lo dispuesto en la ley* 21, *tít.* 29, *Partida* 3ª, *es que* el tenedor de una cosa por 30 años contínuos ó mas, sin habérsele demandado sobre ella, la hace suya por cualquiera manera que oviese la tenencia:

4º *Que si la Sala sentenciadora no ha desconocido la autenticidad de*

una escritura de venta, sino que apreciándola en su verdadero valor y sentido, y en relación con los demás documentos y medios probatorios utilizados en el juicio, ha reputado que aquélla no tiene eficacia para el objeto que el demandado se propuso de probar su mejor derecho sobre el terreno en cuestión, aunque la tenga para otros efectos; no infringe la ley 114, *tít.* 18, *Partida* 3ª; *los artículos* 279 *al* 81 *de la ley de Enjuiciamiento civil, y las doctrinas que establecen que la escritura de compra-venta con la posesión de bienes tomada por el comprador constituye un título perfecto de dominio en ellos; que la información posesoria que sirvió para la inscripción de unos bienes en el Registro de la propiedad es suficiente título de dominio mientras no se presente otro más robusto en contrario; que habiéndose reconocido la autoridad y eficacia de un documento, son tardías y extemporáneas las protestas de nulidad que contra el mismo se alegaren con posterioridad; y que ninguno puede ir ni alegar eficazmente contra sus propios actos;*

Y 5º *Que no se puede fundar el recurso de casación en un motivo que favorece al recurrente.*

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Santa Cruz de la Palma y en la Sala de justicia de la Audiencia de las Palmas por el Ayuntamiento de la villa del Paso, representado por el Procurador Don Francisco Egea, bajo la dirección del Licenciado D. José Alvarado, con D. Augusto Cuevas Camacho, y en su nombre el Procurador D. José García Noblejas, dirigido por el Doctor D. Antonio Domínguez Alfonso sobre reivindicación de terrenos:

Resultando que en el año de 1837, y previo el expediente necesario, se separó ó segregó de la villa de los Llanos parte de su territorio, que vino á formar una Municipalidad ó nuevo pueblo con el nombre del Paso, y en 14 de Agosto de dicho año el Alcalde primero de la capital, comisionado por la Diputación provincial para la erección del nuevo Ayuntamiento y señalamiento de límites de su territorio, habiendo examinado los puntos por donde debía hacerse, conforme lo designaba el plano remitido por la Superioridad, á cuya operación asistieron el Alcalde, Procurador Síndico y Secretario, y un perito inteligente señaló los límites del nuevo pueblo, comprendiéndose dentro de ellos, según se consigna en la demanda, unos trozos de terreno en parte montuosos conocidos por Los Rincones, lindantes por el Norte con terrenos de los herederos de D. José Domingo Sotomayor; Sur camino que iba á la Cumbre Vieja y falda de la montaña de los Tomillos, Naciente Serranía ó Hilo de la Cumbre denominada Palmita, y Poniente dicho camino que iba á la Cumbre Vieja, terreno de D. Leocadio Pérez y Arenas de los Jables:

Resultando que en 13 de Marzo de 1876 acudió Doña María Camacho y Pino, viuda de D. Vicente Cuevas, al Juez municipal de la villa del Paso, exponiendo que la pertenecían en propiedad unas suertes de tierra de 250 fanegas en jurisdicción de aquel pueblo y punto denominado Montaña de Enrique y Rincones: linde al Norte con tierra de los herederos de D. José Domingo de Sotomayor; al Sur Llanos que decían de los Jables y Faldas de los Rincones; Naciente con Hilera de la Cumbre Vieja, y Poniente con tierras que detentaban D. Antonio Calero y Don José Duque; otra suerte de terreno erial de 15 fanegadas, donde decían Hoyo de la Montaña de Enrique, limítrofes por los cuatro vientos con

tierras proindivisas del término que llamaban del Ayudante D. Juan Acosta, y otra suerte en dicha Montaña de Enrique, inmediata al Hoyo con medida de dos fanegadas, lindante por Naciente y Poniente con tierras de dicho término de Acosta; Norte herederos de D. José Sotomayor, y Sur el Hoyo de la mencionada Montaña de Enrique; que dichas tierras las había adquirido por herencia de su madre Doña Juana Pino y Taño y las poseía desde el año 1851 en que falleció, y careciendo de título de dominio inscrito por ignorar dónde se encontraba el que lo justificase, suplicó que con audiencia del Fiscal municipal se le admitiera la información prevenida en el art. 397 de la ley Hipotecaria, y por su resultado aprobar el expediente, extendiéndose en el Registro de la propiedad la inscripción de la posesión solicitada:

Resultando que con su escrito presentó una certificación librada por el Secretario del Ayuntamiento del Paso, por mandato del Alcalde en 23 de Enero de dicho año 1876, haciendo constar que las fincas descritas por Doña María Camacho, en la forma antes indicada, no aparecían amillaradas ni figuraban á nombre de la solicitante ni de ninguna otra persona en los catastros de riqueza ni en ningún otro documento del Archivo del Ayuntamiento, ni se habían tenido en cuenta á nadie para hacer los repartimientos de la contribución territorial:

Resultando que recibida la información ofrecida con citación y audiencia del Fiscal municipal, se aprobó por el Juez en auto de 16 de dicho mes de Marzo, mandando que se extendiera en el Registro de la propiedad del partido la inscripción solicitada, sin perjuicio de tercero; y que presentado en efecto el expediente al Registro, se suspendió la inscripción por no estar terminados los índices, anotándose entre tanto preventivamente:

Resultando que por escritura de 30 de Abril de 1876, Doña María Camacho y Pino vendió á su hijo D. Augusto Cuevas y Camacho los tres referidos trozos de tierra, que repitió la pertenecían por herencia de su madre en precio de 7.500 reales, que confesó tener recibidos de su referido hijo, el cual aceptó la escritura:

Resultando que el Ayuntamiento del pueblo del Paso celebró sesión extraordinaria en 24 de Abril de 1876 con motivo de la moción hecha por el Síndico para poner á cubierto los terrenos del común del pueblo de las usurpaciones que de ellos hacían constantemente diferentes individuos, acordando nombrar por apoderado á D. Augusto Cuevas y Camacho, para que revisase los expedientes y títulos de propiedad existentes, y practicase las inspecciones y mediciones que creyera convenientes, prestándosele al efecto cuantos auxilios fueran necesarios:

Resultando que en la sesión ordinaria que celebró dicho Ayuntamiento del Paso en 11 de Mayo de dicho año 1876, se dió cuenta de una instancia suscrita por D. Augusto Cuevas, acompañada de documentos justificativos de corresponderle en propiedad los Rincones y otros trozos en la Montaña de Enrique, en virtud de compra hecha á su madre, á fin de que reconociéndole como dueño de aquellos predios se dejara sin efecto el remate que para sembrar patatas se había verificado; y que la Corporación, considerando que los documentos presentados eran justos y legítimos y demostraban evidentemente la posesión y propiedad de Cuevas, y que no tenía obstáculo que poner en contrario, acordó definitivamente que se suspendiera dicho remate, toda vez que reconocía los verdaderos hechos, y que se extendiera á continuación

de la instancia certificación de este acuerdo, sin perjuicio de la aprobación de él en la sesión inmediata:

Resultando que con presentación de la mencionada escritura de 30 de Abril de 1876 acudió D. Augusto Cuevas Camacho al Juez de primera instancia de Santa Cruz de la Palma en 31 de Mayo de 1876, solicitando que se le diese posesión de las fincas que por ella había adquirido; y estimado así y dada para ello comisión al Juez municipal del pueblo de Paso, se le dió posesión en efecto en 26 de Junio siguiente, para lo cual se constituyó el Juzgado en el punto llamado Enrique y Rincones, jurisdicción del mencionado pueblo:

Resultando que en la sesión que el Ayuntamiento del pueblo del Paso celebró en 24 de Agosto de 1876 se dió cuenta de una instancia que D. Juan Díaz y Díaz había dirigido á la Superioridad, y sobre la cual se mandó informara el Ayuntamiento acerca de unos terrenos de aquellos Propios que tenía arrendados, y de los cuales había tomado posesión el Teniente Alcalde de los Llanos D. Augusto Cuevas Camacho, donde decían los Rincones; que el Ayuntamiento no había consentido que Cuevas tomara posesión del predio denominado de Los Rincones, que se sacó á pública subasta, siendo el mejor postor D. Juan Díaz, no habiéndosele dado posesión por carecer de la autorización que debía dar antes la Diputación provincial, de donde sin duda nacía la queja del reclamante; que el Ayuntamiento no había sido despojado en manera alguna de lo perteneciente á los Propios en el puesto llamado Los Rincones, por lo cual continuaba en la administración de aquéllos, teniendo únicamente noticia de que Cuevas había tomado posesión de unos predios en la Montaña de Enrique y Rincones de la misma Montaña, que adquirió á título de compra venta, y los cuales se decían correspondían á particulares, habiéndose seguido un litigio en que fué condenado en costas el Ayuntamiento; siendo tan cierto que se hallaba en posesión de dichos terrenos el Municipio, que ni Cuevas ni ninguna otra persona había penetrado en dicho predio á destruir ni alterar la mata más insignificante; hallándose dispuesto á impedirlo, si por cualquiera se intentara cercenar las propiedades del Común; con lo cual quedaba evacuado el informe que se pedía:

Resultando que debidamente autorizado el Ayuntamiento del Paso dedujo en 20 de Junio de 1879 la demanda objeto de estos autos contra D. Augusto Cuevas Camacho, solicitando en uso de la acción real que se declarase que los terrenos y predios conocidos por Los Rincones, sitos en término municipal de la villa del Paso, como bienes propios del Común de aquel pueblo, en cuyo concepto se le señalaron en la división verificada entre éste y la villa de los Llanos, correspondía en posesión y propiedad al Ayuntamiento demandante como bienes del procomún, ratificándose además en la continuada posesión que hasta hacía muy poco había tenido, y en su consecuencia se condenase á Don Augusto Cuevas Camacho á dejar libres y á disposición del mismo los mencionados predios con los demás pronunciamientos en derecho procedentes, restituyéndolos á su legítimo y verdadero dueño, como detentador que era de aquéllos, declarando previamente si era necesaria la nulidad del expediente posesorio y de la inscripción; alegando al efecto que los terrenos de Los Rincones comprendidos dentro de los límites que se señalaron al término municipal del Paso pertenecieron antes como Propios ó del Común á la villa de los Llanos, y pasaron bajo este mismo concepto por estar dentro de la nueva demarcación ó

perímetro del nuevo pueblo á formar parte con otro de lós terrenos del común de aquella Municipalidad; que desde 14 de Agosto de 1837, en que se hizo la división de estos pueblos, había estado el Ayuntamiento de la villa del Paso en quieta y continuada posesión de esos predios, arrendando sus pastos y terrenos roturados en pública subasta casi todos los años á diferentes personas, poseyéndolos con buena fe y justo título por más de 40 años sin reclamación de ningún género; que hacía dos años que esta posesión había sido interrumpida por D. Augusto Cuevas, á quien el Ayuntamiento había nombrado por su apoderado, para evitar las intrusiones que algunos limítrofes venían haciendo, y lejos de cumplir su comisión, instruyó un expediente posesorio á favor de su madre, en el cual, contra la verdad de los hechos, depusieron testigos que aseguraron haber estado aquéllos poseyendo los terrenos, por lo cual terminado que fué, inscribió la posesión de una escritura de compra venta que su referida madre hizo de los mismos predios, con cuyos actos había despojado al Ayuntamiento, usurpando ilegalmente dichos terrenos, que pertenecían al Municipio en pleno dominio; que aunque le fué reconocida á D. Augusto la escritura que presentó, esto podía perjudicar al Ayuntamiento, porque sufrió un error de hecho, creyendo equivocadamente que se trataba y posesionaba de unos predios y rincones de la Montaña de Enrique, y no de los propiamente llamados Los Rincones, que eran del Municipio, siendo esto tan cierto que al tener noticia de su error, con consulta de Letrados acordó deducir aquella demanda:

Resultando que D. Augusto Cuevas Camacho la impugnó, negando que los terrenos llamados Los Rincones hubieran pertenecido nunca á la villa de los Llanos, estando comprendidos dentro de los que se conocían con los nombres de Blas Alfonso y término de Enrique; que Sebastián Martín, vecino de Tijarafe, otorgó escritura en 2 de Setiembre de 1840 del primero de dichos dos términos á favor de Blas Alfonso, que lo era del lugar del Paso, declarando que hacía 12 años, poco más ó menos, que lo había vendido al propio Blas Alfonso; que por ejecutoria de la Audiencia de aquellas islas de 16 de Enero de 1635, fué declarado el segundo de dichos términos á favor de Cristóbal González, que traía causa del Ayudante D. Juan de Acosta y su mujer María Roca de León y presentada esta provisión al Juzgado por el Alférez Andrés Martín de Alcalá, fué protocolizada en el Registro de instrumentos públicos del Escribano D. Juan de Alarcón en 14 de Febrero del mismo año de 1635; que en 7 de Agosto de 1713 fué aprobada por el Juzgado una partición de los bienes que habían sido de los citados D. Juan Acosta y su mujer, y entre éstos el mencionado término de Enrique, de suerte que al verificarse la división del antiguo pueblo de Los Llanos y formarse el nuevo del Paso en el año de 1837, hacía ya por lo menos 209 años que el término de Blas Alfonso dentro del cual estaba comprendida la mayor parte de los terrenos nombrados Los Rincones, era de propiedad particular, y 202 años que lo era también el término de Enrique, dentro del cual estaba comprendida la otra parte de dicho terreno de Los Rincones: que era inexacto que el Ayuntamiento de El Paso hubiera poseído nunca los predios de que se trataba por no haber sido jamás dueño de ellos; y si en algún tiempo lo fué el de Los Llanos, de que El Paso formaba parte, que no constaba lo hubiera sido, dejó de serlo por lo menos desde el año 1618 respecto á la porción de dichos predios, que correspondía al término de Blas Alfonso; y desde el de 1635 res-

pecto á la que correspondía al de Enrique; de modo que si el Ayuntamiento de El Paso había arrendado pastos y terrenos roturados de los predios en cuestión, había cometido seguramente por un error y sin quererlo una verdadera usurpación: que eran asimismo inexactos los demás hechos de la demanda, puesto que constaba en un expediente posesorio la posesión de Doña María Camacho de los terrenos en cuestión desde el año de 1851; y que el Ayuntamiento, previo examen y antecedentes, reconoció á Cuevas como dueño que había tomado anteriormente posesión judicial de los terrenos:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas dictó en 17 de Enero de 1882 sentencia revocatoria declarando que al Ayuntamiento de El Paso corresponde en propiedad y posesión en concepto de bienes de Propios el terreno llamado Los Rincones, que linda al Norte con otros de D. José Sotomayor; Este serranía de la Cumbre de Palmita; Sur camino de la Cumbre Vieja y falda de la montaña de los Tomillos, y Oeste el mismo camino, terreno de D. Leocadio Pérez y Arenas de los Jables; condenando á D. Augusto Cuevas Camacho á dejar á disposición del expresado Ayuntamiento los referidos terrenos si alguno de ellos se encontraba comprendido en la escritura de venta otorgada á su favor por Doña María Camacho, pudiendo las partes, con testimonio de esta sentencia luego que fuera ejecutoria, pedir en el Registro de la propiedad las inscripciones y rectificaciones que procedieran:

Resultando que D. Augusto Cuevas Camacho interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º El principio de derecho *actore non probante reus est absolvendus*; la ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª, que dice que la prueba pertenece al demandador cuando la otra parte negare la demanda ó la cosa del hecho, y si no lo probare, deben dar por quito al demandado de aquella cosa que no fué probada contra él; la doctrina establecida en la jurisprudencia de este Supremo Tribunal de que el principio y la disposición legal citadas se refieren y son aplicables al caso en que el actor no ha presentado prueba suficiente para justificar su pretensión según lo había estimado la Sala, sentencia de 25 de Setiembre de 1874; doctrina repetida por este Tribunal Supremo en múltiples sentencias en que establece que los hechos consignados como ciertos en la sentencia recurrida deben ser los supuestos de las cuestiones de derecho que se promuevan al recurrir en solicitud de la casación de la misma sentencia 14 de de Octubre de 1867, 6 de Noviembre de 1873 y 24 de Junio de 1875, por cuanto apareciendo de los hechos y consideraciones del fallo mismo que la Sala no estimaba probado el hecho que fundaba y motivaba la demanda, no se absolvía de ella al demandado, y por el contrario se le condenaba:

2º El principio inconcuso de derecho que establece que en las demandas por acción reivindicatoria el actor debe probar el dominio de la cosa demandada; la doctrina consignada en este sentido en la sentencia de este Tribunal de 18 de Mayo de 1866, en que se dice que para que puede establecerse y en su día prosperar la acción reivindicatoria es preciso determinar la cosa que se pide y acreditar su dominio, y la que contiene la sentencia de 6 de Enero (no dice más) y muchísimas otras diciendo que para ejercitar la acción reivindicatoria se necesita acreditar el dominio de la cosa que se trata de reivindicar; la ley 22,

tít. 11, Partida 3ª, en que está contenido el anterior principio, declarando el pro que nace de los tenedores de las cosas, téngalas ó no con derecho, y la jurisprudencia, conforme con esta ley, sentada por este Supremo Tribunal en sentencias de 14 de Mayo de 1867 y 21 de Octubre de 1880 de que cuando se ejercita una acción reivindicatoria incumbe al actor la prueba del dominio sobre la cosa demandada, y no verificándolo debe ser, conforme á la ley de la Partida citada, absuelto de la demanda el poseedor de la cosa toda vez que el fallo era condenatorio, en vez de absolutorio, refiriéndose la doctrina citada á lo que en especial necesitaban acreditar los que interponían la acción reivindicatoria, que era el caso de autos, conteniendo el fallo una condena, cuyos términos implícitamente declaraban que la Sala no estimaba acreditado el dominio del Ayuntamiento sobre los bienes comprendidos en la escritura de venta otorgada por Doña María Camacho al demandado, cuyos bienes eran la cosa pedida por el actor en concepto de corresponderle y tenerla detentada el demandante:

3° La ley 25, tít. 2° de la Partida 3ª; el art. 224 de la de Enjuiciamiento civil y reiteradas decisiones de este Supremo Tribunal, según las cuales para que procedan la reivindicación de una ó diversas fincas, es indispensable determinar éstas en la demanda señaladamente y con precisión, fijando su situación, cabida y linderos, y demostrar durante el juicio que las fincas demandadas son las mismas á que se refieren los documentos, títulos y demás medios de prueba en que el demandante funda su reclamación; doctrina redactada en estos términos en la sentencia de 1° de Mayo de 1867, refiriéndose á la ley 25, tít. 11 de la Partida 3ª, que también citaba como infringida, y á repetidos fallos de este mismo Supremo Tribunal; estableciendo la propia doctrina otra sentencia posterior de 4 de Abril de 1868, que citaba como infringida, declarando que, para reivindicar una cosa que se suponía detentada era indispensable que el demandante justificase el derecho con que la pedía y la identidad de la cosa misma; doctrina que repetían muchas sentencias, como la de 22 de Marzo de 1880, declarando que la acción reivindicatoria no podía prosperar si la parte que la ejercitaba no probaba el dominio sobre la cosa litigiosa y la identidad de la misma, toda vez que la Sala, no considerando probada la identidad entre las fincas cuyo dominio declaraba á favor del Ayuntamiento, y las que poseía, y según el actor detentaba el demandado desde su compra á Doña María Camacho dejaba sin embargo de absolver á éste:

4° La misma ley 1ª, tít. 14 de la Partida 3ª, citada en el primer fundamento del recurso, que manda dar por quito al demandado de aquella cosa que no fué probada contra él: la doctrina sentada en la sentencia de 25 de Noviembre de 1874, citada en el mismo fundamento, en cuanto que la absolución procede cuando el actor ha presentado pruebas suficientes para acreditar su pretensión, según había estimado la Sala, y la doctrina y jurisprudencia de este Supremo Tribunal contenida en las sentencias citadas en el tercer fundamento, fechas 1° de Marzo de 1867 y 22 de Marzo de 1880, en la primera de las cuales se establece que para que proceda la acción reivindicatoria, según la ley 25, tít. 2°, Partida 3ª, es indispensable determinar la cosa pedida y demostrar durante el juicio que las fincas demandadas son las mismas á que se refieren los documentos, títulos y demás medios de prueba en que el demandante funda su reclamación, doctrina que reproducía la otra sentencia resolviendo que la acción reivindicatoria no puede prosperar si

la parte que la ejercita no prueba el dominio de la cosa litigiosa y la identidad de la misma; ley y doctrina que se infringían por la sentencia recurrida, no sólo en el sentido y concepto expuesto anteriormente, sino también en cuanto remitiendo para otro momento y otro procedimiento posterior la declaración sobre la identidad, en vez de absolver, se faltaba á lo dispuesto en dichas leyes y doctrina, porque no habiendo sido probada esa identidad durante el juicio antes de la sentencia, ésta tenía que ser absolutoria:

5° La ley 29, tít. 2° de la Partida 3ª, y la doctrina establecida conforme á la misma de que uno de los tres requisitos, título de dominio sobre la cosa reclamada, tenencia de ella por aquél á quien se reclama é identidad entre la cosa designada en el título que la poseía por el demandado, que necesitaba probar en juicio el que interponía la demanda reivindicatoria para que esta prevaleciera, era que el demandado poseyera la cosa que se demandaba; la doctrina consignada en muchas sentencias de este Tribunal Supremo declarando que la acción reivindicatoria ejercitada por el que se cree dueño de alguna cosa sólo puede dirigir contra el tenor de ella, con arreglo á lo dispuesto en la ley 29, tít. 2°, Partida 3ª (10 de Abril de 1872); y que cuando se manda á uno restituir lo que no tiene y posee otro, se infringe la ley 29, título 2°, Partida 3ª, que establece que la acción reivindicatoria sólo puede dirigirse y estimarse contra el deudor de la cosa, pues la sentencia no absolvía al demandado, á pesar de que no apreciaba como probado, y antes bien estimaba lo contrario, que las fincas que el demandado poseía, y que el actor suponía en su demanda que le detentaba, fueran las mismas que declaraba la Sala propiedad del demandante:

6° La ley 5ª, tít. 22 de la Partida 3ª, que ordena que el Juez falle según lo que él entendiere que fué averiguado ó razonado ante él; la ley 3ª de los mismos título y Partida, que dispone que cavada, escudriñada é sabida la verdad del hecho, debe ser dado todo juicio, y la 16, que dispone que el Juez debe catar qué cosa es sobre la que contienden las partes, en qué manera hacen la demanda y qué averiguamiento ó prueba es hecha sobre ella, y entonces deben dar juicio sobre aquella cosa y el principio de derecho conforme con los anteriores preceptos admitido en la jurisprudencia y en repetidas sentencias de este Supremo Tribunal, entre otras, en las de 23 de Marzo de 1875 y Abril de 1877, según el cual para que la sentencia sea congruente debe fallarse el juicio *juxta alegata et probata*, por cuanto el fallo no se ajustaba á ninguna de las peticiones y alegaciones hechas por las partes;

7° La ley 2ª, tít. 22, Partida 3ª, que dispone que la sentencia debe poner fin á la demanda, quitando ó condenando al demandado, toda vez que se pronunciaba una condena que hacía necesario otro juicio que decidiera si los bienes que poseía el demandado pertenecían al actor; la ley 15 del mismo título y Partida, que dispone que no debe valer el juicio que diese el Juzgador no sabiendo la verdad del pleito, si después la quisiese saber, y que no es valedero el juicio en que no es dado el demandado por quito ó por vencido; pues se revocaba la sentencia del Juez que resolvía en definitiva la demanda, pronunciando unaque dejaba para después saber y aclarar un punto de que dependía la misma condena que se hacía; la ley 16, título 22, Partida 3ª, y la doctrina establecida conforme á la misma por este Tribunal Supremo en su fallo de 15 de Noviembre de 1880 de que las sentencias deben ajustarse, no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino á la mane-

ra en que hacen la demanda, ó sea la acción que ejercitan y razón legal en que se apoyan, siendo en otro caso nulas con las declaraciones que contienen; el art. 61 de la anterior ley de Enjuiciamiento civil correspondiente á los artículos 359, 360 y 361 de la actual, en cuanto se aplazaba la resolución de las peticiones formuladas por las partes, la del actor pidiendo los bienes y la del demandado que se le absolviera de esta petición; la sentencia de 5 de Diciembre de 1874, en que se declaran de observancia el art. 81 y las leyes de Partida citadas, procediendo en otro caso al recurso de casación; la propia doctrina de este Supremo Tribunal con relación de las indicadas leyes en un caso como el actual, consignada en sentencia de 30 de Diciembre de 1880, en que se establece que fijadas claramente las pretensiones de las partes, el Tribunal sentenciador ha de resolver sobre ellas, admitiéndolas ó denegándolas de una manera clara y precisa, toda vez que no se admitía ni negaba de un modo preciso las pretensiones contradictorias de ninguno de los contendientes ni en todo ni en parte; y la ley 1ª, tít. 14 de la Partida 3ª y doctrina contenida en las sentencias de 25 de Noviembre de 1874, 1º de Marzo, 6, 7 y 22 de Mayo de 1880, citadas ya en el 4º fundamento, y que volvían á citarse por resultar infringidas por razón de congruencia, toda vez que se aplazaba para hacerlo objeto de prueba y decisión ulteriores la identidad de las fincas objeto de la reivindicación:

8º La ley 5ª, tít. 22, Partida 3ª, que dice que señaladamente debe ser escrito en el juicio como quita ó condena al demandado en toda la demanda ó de cierta parte de ella, según él entendiese que fué averiguado é razonado ante él; la ley 16 del mismo título y Partida, que manda que los Juzgadores digan ciertamente la cosa ó cuantía de que condenan ó quitan al demandado, expresándolo en el fallo con certeza en sí misma ó por referencia á la demanda y pleito seguido; y la doctrina conforme á estas leyes establecida en la jurisprudencia de este Supremo Tribunal en sentencia de 29 de Diciembre de 1854, que declara que la condenación debe ser de cosa cierta y determinada, repetida en otras muchas, entre ellas, en la de 17 de Junio de 1862, en cuanto la condena que hacía la sentencia al demandado era tan poco señalada y cierta, como que dados sus términos podría resultar tanto de lo pedido en la demanda como de una fracción de las infinitas que podrían mediar entre el cero y la unidad:

9º En la apreciación de la prueba sobre existencia del título traslativo de dominio, la fuerza probatoria y el contenido del acta de 14 de Agosto de 1837, reducida á que en ella un comisionado de la Diputación señaló los límites del pueblo de El Paso y la de la certificación del acuerdo de la Diputación provincial concediendo autorización al actor para interponer su demanda, pues ni aquella acta había tenido otro objeto ni efecto que el de demorar el término jurisdiccional, ni esta autorización que el de hacer admisible la demanda, pero en modo alguno probarla; la doctrina contenida en la ley 10, tít. 14, Partida 3ª, y en las sentencias de este Supremo Tribunal de 9 de Agosto de 1862 y de 1863, 4 de Febrero de 1865, 3 de Julio de 1872, 16 de Julio de 1875 y 16 de Mayo de 1877, exigiendo al que intenta reivindicar una cosa con justo título traslativo de dominio especial y cierto sobre la misma cosa objeto de la reivindicación, por cuanto el acta no contenía acto alguno que el derecho reconociera como título para trasmitir el dominio de las cosas ni nada relativo á bienes de Propios; infringiéndose

además los artículos 86 y 89 de la ley de 3 de Febrero de 1823 y el artículo 4° del Real decreto para el arreglo de los Ayuntamientos de 23 de Julio de 1835:

10. La doctrina de derecho confirmada por este Tribunal Supremo y establecida con referencia á la misma ley 10, tít. 14, Partida 3ª antes citada, entre otras sentencias, en las de 22 de Marzo de 1867, según la cual un título universal es insuficiente por sí solo para reivindicar una finca, si no se prueba que esta pertenecía á la persona de quien se trae causa, porque aun cuando por el mero hecho de la creación del Ayuntamiento hubiera trasmisión ó sucesión legítima en la universalidad de los derechos de dominio particular ó propiedad privada del antiguo Ayuntamiento al nuevo sobre cosas que quedaban comprendidas dentro de los límites jurisdiccionales de éste, según esta doctrina sería necesario que resultara probado por el nuevo Ayuntamiento demandante y que la Sala hubiera apreciado que la finca de Los Rincones perteneció al Ayuntamiento de Los Llanos, lo cual ni la Sala había apreciado ni podido apreciar, pues ni siquiera se había intentado prueba alguna sobre el particular:

11. El art. 76 de la Constitución del Estado de 30 de Junio de 1876, que comete exclusivamente á los Tribunales la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; la recta inteligencia del artículo 86 de la ley Municipal vigente de 2 de Octubre de 1877, que establece como necesaria la autorización de la Diputación provincial para establecer pleitos á nombre de los pueblos menores de 4.000 habitantes, precepto que contenía el art. 81 de la ley Municipal de 1870, y Real decreto aclaratorio del mismo artículo de 23 de Marzo de 1873, que, revocando un acuerdo de la Comisión provincial de Almería, denegatorio de la autorización para entablar una demanda reivindicatoria solicitada por el Ayuntamiento, declara que no ha de entrarse en el examen del derecho que pueda asistir al Ayuntamiento respecto á la posesión y propiedad de las fincas que menciona, y no apreció las consideraciones que sobre ese mismo derecho adujo la Comisión provincial, porque semejantes cuestiones son siempre de la exclusiva competencia de las Autoridades judiciales; el principio de derecho que hace relación al precepto constitucional citado, establecido con repetición en la jurisprudencia, entre otras sentencias de este Supremo Tribunal de 27 de Febrero de 1871, según el cual los derechos civiles que los particulares tienen garantidos por las leyes comunes no pueden ser modificados, alterados ni de modo alguno vulnerados por disposiciones del orden puramente gubernativo, y menos había de ser por las consideraciones y apreciaciones que sirvieron á éstos de fundamento; la Real orden de 24 de Diciembre de 1873, que establece que la cuestión de si ciertos bienes pertenecen al Ayuntamiento en concepto de comunales, ó bien á un particular como asunto referente á la propiedad, es de la exclusiva competencia de los Tribunales; el párrafo primero del art. 597 y los artículos 279, 280 y 281 de la anterior ley de Enjuiciamiento, el primero de los cuales limita los medios de prueba á los que expresa el segundo, en cuanto no consideraba como documentos públicos otras actuaciones que las judiciales, y el tercero, porque exige para todo documento público que se coteje con sus originales ó se haya traído al pleito sin citación; la ley 114, tít. 18, Partida 3ª, según cuyo precepto, sancionado por la jurisprudencia, las costas sólo valen para probar lo que ellos dicen ó los pleitos para que fueron he-

chas, 17 de Abril de 1872; y que sólo son eficaces al objeto del pleito cuando se refieran concretamente á las cuestiones que en él se discutan, 22 de Junio de 1867; y por último, las leyes 1ª y 7ª, tít. 14 de la Partida 3ª, que imponen al demandante la obligación de probar su demanda con prueba que deba ser dada ante el juzgador ante quien pende el juicio, toda vez que en el fallo declaraba el dominio á favor del Ayuntamiento: no por la apreciación de la Sala, sino remitiéndose á la apreciación de la Diputación provincial como Autoridad en la materia para resolver si el Ayuntamiento había justificado ó no título de dominio apropiado para presentar la demanda reivindicatoria de la finca particular de que se trataba:

12. En cuanto se fallaba con arreglo á la prueba testifical del actor sobre los límites, cabida y situación de la finca, sin que hubiera otra clase de prueba conducente al propio fin, haciendo tal apreciación de la prueba testifical, sin examinar y rechazando la tacha propuesta de ser los testigos vecinos de El Paso: el núm. 3° del art. 380 de la ley de Enjuiciamiento civil; la doctrina legal y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida, entre otras, en sentencia de 22 de Marzo de 1869 en que se declara que las leyes de Partida que tratan de la fuerza de los dichos de los testigos se hallan esencialmente modificadas por la de Enjuiciamiento civil; y en la de 10 de Enero de 1872, en que se declara especialmente que las leyes 18, 27 y 32 del tít. 16 de la Partida 3ª han sido asimismo derogadas; la ley 18, tít. 16 de la Partida 3ª, citada en la sentencia, que permitía á los del Concejo dar testimonio en el pleito del Concejo, porque este privilegio, según la recta interpretación de Gregorio López, no podía admitirse cuando el pleito versaba sobre pastos, montes, etc., en que había un interés material de todos y cada uno, bastando saber para que se viera hasta qué punto no estaba en uso dicha ley, que ni en los negocios contenciosos para exceptuar los bienes de los Ayuntamientos de la desamortización se estimaba que los vecinos del Concejo tuvieran fuerza legal, como lo demostraba la sentencia de 30 de Enero de 1874 y otras dictadas por este Supremo Tribunal; el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que la sentencia despreciaba, en lugar de sujetar á su apreciación y á las reglas de sana crítica, la prueba de tachas propuesta por considerarla ilegal, negándose á calificarla y estimarla según su resultado; la doctrina sentada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo conforme al mismo art. 320 citado, sentencia de 12 de Mayo de 1875, de que al apreciar la Sala sentenciadora la fuerza probatoria de los testigos y las tachas puede y debe calificarlas, y siendo ciertas anular los dichos de los testigos; y la doctrina consignada en sentencia de 8 de Junio de 1866, de que según la regla de sana crítica no debe estimarse probado un hecho contestado sólo por testigos con tacha legal, doctrina que tenía aplicación al caso presente si se supusiera no haberse cometido las situaciones precedentes, y se entendiera contra su propia manifestación que la Sala había hecho la calificación y apreciación de esas mismas tachas que dejó de apreciar, porque según decía la estimaba ilegal ó no admisible en juicio:

13. Al estimar la Sala como base del fallo la posesión alegada más ó menos justa ó de buena fe, como parecía que hacía al buscar la existencia de un título que le diera ese carácter, la doctrina legal consignada en las sentencias de este Supremo Tribunal de 28 de Diciembre de 1866 y 16 de Mayo de 1867, de que si bien la acción reivindicatoria

exige que el dominio de que nace se acredite por alguno de los títulos legales, es equivalente según derecho la prueba de la posesión inmemorial, no bastando al demandado por acción reivindicatoria la posesión de 30 años con buena fe si no ha probado la posesión inmemorial, porque sin ésta es improcedente la reivindicación;

Y 14. Y que habiendo probado el demandado la excepción de dominio que propuso, no haciéndose esta apreciación en vista de la escritura de compra, de la posesión de la cosa comprada tomada por el demandado, del reconocimiento solemne por parte del actor de la legitimidad de esta titulación y de la verdad del derecho que la misma demostraba á favor del demandado, la doctrina sentada en sentencia de 22 de Febrero de 1876 con referencia á las leyes 46, tít. 28, y 114, título 18, Partida 3ª, de que la escritura de compra venta con la posesión de bienes tomada por el comprador constituye un título perfecto de dominio en ellos; pues los Tribunales no tenían la libre apreciación racional de la prueba documental, sino que había de hacerse conforme á preceptos de ley ó de jurisprudencia; la doctrina consignada en sentencia de 4 de Marzo de 1865, que dice que la información posesoria que sirvió para la inscripción de unos bienes en el Registro de la propiedad es suficiente título de dominio mientras no se presente otro más robusto en contrario; y que la sentencia que así no lo estima infringe los artículos 279 á 281 de la ley de Enjuiciamiento civil; la doctrina consignada en sentencia de 4 de Febrero de 1876, en que se establece que habiéndose reconocido la autoridad y eficacia de un documento, son tardías y extemporáneas las protestas da nulidad que contra el mismo se alegaren con posterioridad; y la más general, establecida en sentencia de 2 de Julio de 1880, de que ninguno puede ir ni alegar eficazmente contra sus propios actos; la ley 114, tít. 18 de la Partida 3ª, en cuanto contiene la doctrina anterior y la disposición de que debe valer la carta que fuere sellada de sello del Concejo, y da fuerza á los actos y acuerdos consignados en documento reconocido é indubitado contra aquellos que lo otorgaron ó mandaron otorgar y á favor de aquellos para quien fueron hechos, y el contenido y fuerza probatoria del acta del Ayuntamiento demandante, fecha 24 de Agosto de 1876, con referencia á la de 11 de Marzo, en que se declara que son distintas las fincas Rincones del Ayuntamiento y las compradas á Doña María Camacho por D. Augusto Cuevas y que éste poseía, y la verdad indiscutible de este hecho apreciado y declarado por la Sala sentenciadora, por cuanto resultaba un error de hecho manifiesto y con los caracteres á este efecto consignados en el núm. 7° del art. 1062 de la ley de Enjuiciamiento civil de comparar la titulación del demandado con la que á juicio de la Sala había acreditado tener el actor, siendo así que por versar sobre cosas distintas no estaban en pugna, por lo que no se podía, sino partiendo de un gravísimo error de hecho, entrar á impugnar la titulación del demandado en virtud de la prueba del actor, puesto que no se declaraba ni apreciaba que ambas comprobaciones del dominio se refiriesen á una misma cosa, y por el contrario se aceptaba el hecho de que eran cosas distintas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que de la demanda origen del pleito á que se refiere este recurso se determina con claridad y precisión el terreno objeto de la acción reivindicatoria en ella entablada, expresando su nombre, cabida y linderos, y el fundamento esencial de la sentencia recurrida para

determinar que el referido terreno denominado Rincones pertenece al Ayuntamiento demandante, en concepto de bienes de Propios, consiste en que, á su juicio, estimando las pruebas practicadas, aquél ha justificado su dominio y posesión por más de 40 años en dichos terrenos, y que el demandado D. Augusto Cuevas no ha probado tener derecho alguno sobre ellos, y por lo tanto se hace consistir en un supuesto inexacto y contrario á lo expresamente consignado en dicha sentencia las infracciones de las leyes y doctrinas que se citan en los motivos del 1° al 5° del recurso, puesto que todos ellos se basan en que no se ha precisado lo que se pide, ni justificado su dominio, bases esenciales para ejercitar con acierto la acción reivindicatoria; siendo por consiguiente improcedentes dichos motivos:

Considerando, en cuanto á los 9°, 10, 11 y 12, referentes á la apreciación de la prueba, que cuando ésta se compone de documentos y testigos, como en el presente caso, y la Sala sentenciadora, usando de las facultades que la competen, la aprecia por el resultado que ambas ofrecen, no es permitido descomponerla al propósito de alegar infracciones en relación al valor que pueda darse aisladamente á cada uno de esos elementos, rompiendo la cohexión y fuerza que naturalmente se prestan, sino que es preciso alegar y demostrar que la apreciación de ese conjunto ha sido hecha con error de derecho; citando al efecto la ley ó doctrina legal infringida, ó con error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos de los cuales aparezca la equivocación evidente del Juzgador, y ninguno de ambos extremos resulta justificado puesto que se combate la apreciación de las pruebas, no por el resultado de todas ellas, sino atacándolas aisladamente:

Considerando, en cuanto al motivo 13, que ninguna de las dos sentencias de este Tribunal Supremo que en aquél se cita se consigna la doctrina que con evidente error invoca el recurrente de que no basta la posesión de 30 años como título para ejercitar la «acción reivindicatoria porque sin la posesión inmemorial es improcedente la reivindicación,» y antes por el contrario tiene establecido, con arreglo á lo dispuesto en la ley 21, tít. 29, Partida 3ª, que *el tenedor de una cosa por 30 años continuos ó más, sin habérsele demandado sobre ella, la haçe suya por cualquiera manera que oviese la tenencia*, y es por lo tanto improcedente también dicho motivo:

Considerando que en el mismo caso se encuentra el señalado con el núm. 14, porque la Sala sentenciadora no ha desconocido la autenticidad de la escritura de venta á que en aquél se alude, sino que, preciándola en su verdadero valor y sentido, y en relación con los demás documentos y medios probatorios utilizados en el juicio, ha reputado que aquélla no tiene eficacia para el objeto que el demandado se propuso de probar su mejor derecho sobre el terreno en cuestión aunque tenga para otros efectos, y por consiguiente no ha infringido la ley 114, título 18, Partida 3ª, los artículos del 79 al 81 de la ley de Enjuiciamiento civil y las doctrinas que en dicho motivo se citan:

Considerando, respecto á la incongruencia á que se refieren los motivos 6°, 7° y 8°, que en la demanda se determina con precisión el terreno objeto de la reivindicación, que el demandado no la combatía excepcionando que fuera distinto del que él poseía, antes bien sentó como un hecho en su contestación que en la jurisdicción de El Paso no ha habido nunca, ni hay otros terrenos que se conozcan con el nombre de Rincones que los que en virtud de compra poseía desde el año

1876: que limitada por consiguiente la cuestión á cuál de los dos contendientes pertenecía el terreno denominado Rincones, y habiendo estimado la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas practicadas en el juicio, que al Ayuntamiento demandante corresponde en propiedad y posesión, en el concepto de bienes de Propios, el mencionado terreno, la condición bajo la que se condena á D Augusto Cuevas á que deje á disposición del expresado Ayuntamiento los referidos terrenos, si alguno de ellos se encuentra comprendido en la escritura de venta otorgada por Doña María Camacho, y en la cual se hace consistir la incongruencia, perjudicaría en su caso al Ayuntamiento, el cual la ha consentido, y no al recurrente; y que en su virtud, éste no puede fundar en un extremo que le favorece un motivo de casación; siendo por este concepto improcedentes los tres referidos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Augusto Cuevas Camacho, á quien condenamos en las costas, y líbrese á la Audiencia de las Palmas la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Diciembre del mismo año.)

277

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (6 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE CANTIDAD.—No ha lugar al interpuesto por la Sociedad Guardiola y Tejedor con Don Eligio y Doña Beatriz Machado (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que el art.* 8º *de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico dispone en su núm.* 2º *que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma por falta de personalidad en alguna de las partes ó en el Procurador que la haya representado*:

2º *Que no existe esta falta si el demandante promovió el juicio como heredero de su padre y hermano sin que esta cualidad se haya puesto en duda por el demandado, el cual se ha limitado á sostener que no tenía derecho definido para exigir las cantidades que reclamaba, cuestión que ataña al fondo y no á la forma*;

Y 3º *Que según dispone el art.* 11 *de dicha ley, para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió.*

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Octubre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Santa Clara y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por Don Eligio y Doña Beatriz Machado con la Sociedad *Guardiola y Tejedor* sobre pago de 32.800 pesos:

Resultando que por escritura otorgada en 11 de Junio de 1872 Don Joaquín Machado y Pérez Corcho vendió á D. Rafael López Silvero un ingenio que le pertenecía, nombrado Santa Rita, con sus fábricas, la-

branzas, animales y demás anexidades, incluso la dotación de esclavos, por precio de 237.000 pesos, pagados 50.000 de contado, y el resto en seis plazos iguales de 31.166 pesos 66 cuatro sextos centavos, que vencerían en 11 de Junio de los años 1873, 74, 75, 76, 77 y 78, quedando hipotecada en garantía la misma finca con todas sus existencias:

Resultando que fallecido D. Joaquín Machado Pérez de Corcho, bajo el testamento que tenía otorgado en 5 de Setiembre de 1874, se practicó por el albacea contador nombrado por el mismo en 27 de Noviembre de 1876 la liquidación y partición de sus bienes entre sus hijos D. Eligio, D. Eleuterio, D. José Joaquín, D. Eduardo, Doña Beatriz, Doña Irene y Doña Rita Machado y Gómez; apareciendo de dicha operación que el haber de D. Eligio Machado ascendió á 33.748 pesos 62 centavos, comprendiéndose en ellos 8.376 pesos 66 centavos por la cesión que le había hecho su hermano D. Eleuterio y que en parte de pago se le adjudicaron 19.068 pesos 70 centavos que tomaría en el crédito contra D. Rafael López por resto del ingenio Santa Rita: que el haber de D. José Joaquín Machado ascendió á 25.371 pesos 36 y medio centavos, adjudicándosele en parte de pago 9.719 pesos 36 y medio centavos en el crédito contra D. Rafael López: que el haber de Doña Beatriz Machado ascendió á 39.379 pesos 46 y medio centavos, y se le adjudicó en parte de pago 26.649 pesos y 46 y medio centavos en el mencionado crédito contra D. Rafael López: que el haber de D. Eduardo Machado ascendió á 15.630 pesos 86 centavos, en pago del que se le adjudicó igual cantidad en el crédito contra D. Rafael López, cuya cuenta de división fué aprobada por auto de 4 de Diciembre de 1876 y protocolizada en 13 de Agosto de 1877:

Resultando que en 16 de Octubre de 1877 falleció sin otorgar disposición testamentaria D. Eduardo Machado y Gómez, y promovido el juicio de su intestado por sus hermanos D. Eligio, Doña Beatriz, Doña Irene y Doña Rita Machado y Gómez, por auto que dictó el Juez de Santa Clara en 23 de Marzo de 1878 fueron declarados sus herederos sin perjuicio de tercero sus hermanos D. Eligio, D. Eleuterio, Doña Beatriz, Doña Irene, D. José Joaquín y Doña Rita Machado y Gómez, no resultando que se otorgara escritura de división de los bienes ni que intervinieran en el juicio de intestado D. Eleuterio ni D. José Joaquín Machado:

Resultando que en 11 de Junio de 1879 D. Rafael López Silvero vendió á la Sociedad Guardiola y Tejedor el ingenio de su propiedad nombrado Laberinto, antes Santa Rita, que hubo por compra á Don Joaquín Machado Pérez de Corcho, con sus fábricas, máquinas, trenes, labranzas, animales y dotación de esclavos, en la cantidad de 160.000 pesos en oro, expresándose en la escritura que la finca estaba hipotecada á favor de la sucesión de D. Joaquín Machado y Pérez Corcho á consecuencia de la enajenación del mismo ingenio, ascendiendo en el día lo que por tal concepto se adeudaba á dicha sucesión la cantidad de 60.667 pesos; y D. Jaime L. Guardiola, como Gerente de la Sociedad Guardiola y Tejedor, aceptó á su favor esta escritura de venta, reconociendo que adquiría el predio con las hipotecas que reportaba:

Resultando que en 1° de Febrero de 1881 D. Eligio y Doña Beatriz Machado, esposa de D. Baltasar Espoy, dedujeron demanda ejecutiva contra la Sociedad Guardiola Tejedor y compañía, en la que, después de hacer mérito de los antecedentes relacionados, expusieron que como de los mismos se deducía correspondía á los demandantes en la canti-

dad que adeudaba dicha Sociedad, como resto del precio de la venta del ingenio Santa Rita, hoy Laberinto, la cantidad de 32.800 pesos en esta forma: al D. Eligio 8.731 pesos por resto de las tres porciones que representaba en el crédito por sí, como cesionario de sus hermanos D. José Joaquín y D. Eleuterio, y como heredero de D. Eduardo, y 18 859 pesos que representaba Doña Beatriz por derecho propio y como heredera así bien de su hermano D. Eduardo: advirtiendo que el exceso de 5.210 pesos se había de aplicar por mitad á cada uno de los demandantes como herederos de la sexta parte de los 15.630 pesos 86 centavos que se adjudicaron á su difunto hermano D. Eduardo en la división de bienes de su padre D. Joaquín, correspondiendo hoy por consiguiente al D. Eligio 11.336 pesos, y á la Doña Beatriz 21.464 pesos; y pidieron se despachase mandamiento de ejecución contra la Sociedad Guardiola Tejedor y compañia, por lo que respectaba al ingenio Laberinto, por la suma de 32.800 pesos, sus intereses de mora al tipo legal desde 15 de Mayo de 1880 y las costas causadas y que se causasen hasta su definitivo pago:

Resultando que despachada la ejecución y practicadas las oportunas diligencias por no haber verificado la Sociedad Guardiola y Tejedor el pago de la cantidad reclamada, se opuso á la ejecución, pidiendo se declarase no haber lugar á sentenciar los autos de remate, que se alzara el embargo practicado, condenando en todas las costas á los actores, con la reserva de que hicieran uso del derecho de que se creyeran asistidos en el correspondiente juicio ordinario; y al efecto propuso varias excepciones; alegando, en cuanto se relaciona con el recurso de casación, que ocurrido el fallecimiento de D. Eduardo Machado y Gómez, hermano de Doña Beatriz y D. Eligio, sin haber testado, se incoó en juicio mortuorio, el cual llegó hasta la declaración de herederos que verificó el Juzgado por auto de 23 de Marzo de 1878, pero que por no haberse verificado la aceptación de la herencia y por no haber puntualizado el acto importantísimo, indispensable y trascendental de la partición y adjudicación de los bienes quedados por fallecimiento del D. Eduardo, resultaba que los actores carecian hoy de personalidad para pedir lo que del hermano premuerto procede, y que está embebido en la adjudicación que aquél se hizo consecuente á la testamentaría de su padre D. Joaquín Machado y Pérez de Corcho: que D. José Joaquín y D. Eleuterio Machado cedieron sus créditos á su hermano D. Eligio, y ni D. Rafael López, deudor primitivo, ni Guardiola y Tejedor, como terceros poseedores, habían sido notificados de esas cesiones:

Resultando que conferido traslado á los ejecutantes, lo evacuaron, pretendiendo que con desestimación de las alegaciones del ejecutado se pronunciara sentencia mandando seguir la ejecución adelante; y recibido el pleito á prueba dentro de su término, se practicaron las propuestas por las partes:

Resultando que los ejecutantes en parte de su prueba pidieron se librara mandamiento al Notario D. Antonio Peláez para que pusiera testimonio de las escrituras otorgadas en sus registros en 27 de Marzo de 1847 por Doña María de la Asunción Jiménez de venta de dos caballerías de tierra en el fundo del corral de San Diego á D. Joaquín Machado Pérez Corcho: librado el mandamiento con citación contraria en 1° de Abril de 1881, el Notario D. Antonio Peláez informó que el protocolo de 1847 en que se encontraba aquella escritura se hallaba en el

Archivo general; en su consecuencia, por auto de 4 de dicho mes de Abril, notificado á los Procuradores de las partes, se mandó que el referido mandamiento pasase al Archivero general D. Juan Bautista Cañal para que compulsase la expresada escritura de 27 de Marzo de 1847 como así lo verificó: unidas las pruebas é instruídas las partes, el Juez de primera instancia por sentencia de 19 de Mayo de 1881 mandó seguir la ejecución adelante por los 32.800 pesos de oro que se reclamaban, condenando en todas las costas causadas y que se causasen hasta su definitivo cobro á la Sociedad Guardiola y Tejedor; y admitida la apelación que la Sociedad Guardiola y Tejedor interpuso, la Sala de lo civil de la Audiencia por sentencia de 28 de Octubre de 1881 confirmó, con las costas, la apelada:

Resultando que por parte de la Sociedad Guardiola y Tejedor se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en las causas 2ª y 5ª del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, alegando como motivos:

1° Que se había incurrido en la causa 2ª de dicho art. 1013, puesto que existía demostrada la falta de personalidad en los demandantes, los cuales habían comparecido por sí y como cesionarios de sus hermanos D. José Joaquín y D. Eleuterio, en concepto de dueño cada uno de una sexta parte de la cantidad que correspondía en el crédito al difunto su hermano D. Eduardo Machado, sin que probasen haber aceptado esta herencia y sin que conste la cuenta de división y partición de los bienes que éste dejara, ni mucho menos que se hubiera llevado á efecto su adjudicación: que les faltaba, pues, en cuanto á esta parte de su reclamación, la personalidad que ostentaban, habiéndose infringido el art. 18 de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm. 2° y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Junio de 1861 que declara que mientras la herencia permanece yacente por haberse abstenido de su aceptación los llamados por la ley, se supone existente la personalidad del finado; así como la doctrina que establecen las sentencias de 9 de Enero de 1866 y 17 de Diciembre de 1873, según la cual ninguno de los herederos ó partícipes de una herencia adquiere el dominio de determinados bienes de la misma hasta que en su partición se le hayan adjudicado específicamente: que había también falta de personalidad en los demandantes en cuanto no justificaban haberles sido trasmitido el derecho á la parte que pudiera corresponderles en el legado de 300 pesos á favor de Doña Ana Josefa Machado, cuya suma, en la testamentaría de su padre D. Joaquín Machado y Pérez, se adjudicó en el crédito á la legataria; y que asimismo había falta de personalidad en los demandantes en cuanto reclamaban como cesionarios de su hermano D. Eleuterio y D. José Joaquín Machado y Gómez, puesto que esta cesión no era eficaz en juicio, no habiendo sido notificado de ella el deudor:

2° Que había habido falta de citación para una diligencia de prueba que produjo indefensión, la cual se cometió respecto á la saca del testimonio de la escritura de venta de dos caballerías de tierra otorgada por Doña María Asunción Jiménez á favor de D. Joaquín Machado, en cuya diligencia de prueba se citó á la Sociedad recurrente para verificar el acto en la Escribanía del Notario D. Antonio Peláez, en donde no se encontró el documento, habiendo con posterioridad solicitado nueva diligencia de prueba, que se llevó á cabo sin citación de la Sociedad en la Notaría de D. Juan Bautista del Cañal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que el art. 8° de la ley de Enjuiciamiento civil de Cuba y Puerto Rico dispone en su núm. 2° que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma por falta de personalidad en alguna de las partes ó en el Procurador que la haya representado:

Considerando que el demandante promovió el juicio como heredero de su padre y hermano D. Eduardo Machado y Gómez sin que esta cualidad se haya puesto en duda por el demandado, el cual se ha limitado á sostener que no tenía derecho definido para exigir las cantidades que reclamaba, cuestión que ataña al fondo y no á la forma:

Considerando que según dispone el art. 11 de dicha ley para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió:

Considerando que la parte recurrente no cumplió el requisito referido é imprescindible para interponer el recurso por la falta de citación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la Sociedad *Guardiola y Tejedor*, á la que condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 500 pesos que depositaron, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 6 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Octubre del mismo año.)

278

Recurso de casación en asunto de Ultramar (8 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—No ha lugar al interpuesto por Doña Agueda de Lima con D. Francisco Recio de Morales y otro (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que es doctrina legal sancionada por la jurisprudencia que las tercerías de dominio no son admisibles después de otorgada la escritura ó consumada la venta de los bienes á que se refiera ó de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, quedando á salvo el derecho del tercero para deducirlo contra quien y como corresponda:*

2° *Que en tal concepto, y fundándose esencialmente la sentencia recurrida en el hecho confesado por la misma parte recurrente de haber deducido su demanda de tercería con posterioridad á la enajenación en pública subasta de los esclavos reclamados, con entrega de ellos al rematante, no tienen aplicación, y por tanto, no pueden decirse infringidas, la ley 10, tít. 14, Partida 3ª, y las doctrinas del Tribunal Supremo que establecen que debe ser entregada al demandante la cosa que demuestre que poseyó su padre ó abuelo á quien hereda, que no es necesario presentar escritura de albalá de compra ó donadío para acreditar el dominio de los siervos, pudiendo utilizarse cualquiera otro medio de prueba; por referirse al valor y eficacia de los títulos de dominio presentados por los litigantes, cuestión secundaria en el pleito como subordinada á la de procedencia ó improcedencia de la demanda por razón del tiempo en que se interpuso:*

3° *Que la doctrina del Tribunal Supremo que declara que no perjudica al demandante la circunstancia de equivocar el ejercicio de su acción siempre que determine con claridad y precisión lo que pida, no tiene aplicación cuando no se trata de haberse designado con impropiedad la acción ejercitada sino de ser ésta inadmisible cuando se dedujo;*

Y 4° Que la cita del principio de derecho res ubicumque sit pro domino suo clamat, *y el consignado en la regla* 13, *tít.* 34, *Partida* 7ª, *según la cual nadie puede ser privado de su propiedad sin su consentimiento, es inoportuna é improcedente cuando la demanda de tercería se propuso fuera de tiempo.*

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Jesús y María de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por Doña Agueda de Lima, representada por el Procurador Don Antonio Bendicho, bajo la dirección del Doctor D. Francisco Lastres, con D. Francisco Recio de Morales y Sotolongo y D. José Domínguez de Soto, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de dominio:

Resultando que por la sucesión de D. Francisco Recio de Morales se siguió un juicio ejecutivo contra los herederos de D. José Domínguez de Soto; y dictada á su tiempo sentencia de remate, se procedió á la tasación del ingenio Campo Alegre, con su dotación de 46 negros entre varones y hembras; y verificado el remate en 23 de Marzo de 1874, fué aprobado en 13 de Mayo siguiente á favor de D. Miguel Sánchez Ferreira, á quien se dió posesión de la finca en 21 de Julio del propio año:

Resultando que en 10 de Marzo de 1876 dedujo Doña Agueda de Lima la demanda objeto de estos autos, personándose como tercerista en los ejecutivos que seguía D. Francisco Recio de Morales contra la sucesión del marido de la demandante, reclamando la propiedad de los siervos Cecilio, Narciso, Manuel, Margarita y Evaristo, congos, Amalia y su hija Tecla, que la pertenecían exclusivamente por haber comprado los cinco primeros á D. Manuel Calvo con sus bienes parafernales, y los otros dos, porque los hubo por herencia de su padre D. Francisco Lima, según aparecía de los autos de su testamentaría radicada en el Juzgado de Matanzas: que por virtud de la sentencia de remate dictada en dichos autos, se había vendido el ingenio Campo Alegre perteneciente al marido de la demandante; pero equivocadamente ó por malicia se entregaron al comprador los negros de que se trataba: que con arreglo á las leyes 1ª y 4ª, tít. 28, Partida 3ª, competía á Doña Agueda la acción reivindicatoria, con lo cual podía pedir la devolución de las especies que la pertenecían y de que había estado en posesión con todas sus accesorias y frutos, favoreciendo su pretensión el principio que dispone que cosa que es nuestra no puede pasar á otro sin nuestra palabra ó nuestro hecho, y el art. 995 de la ley de Enjuiciamiento civil, que permite reclamar en tercería el dominio de las especies embargadas á consecuencia de una ejecución:

Resultando que la sucesión de D. Francisco Recio de Morales impugnó la demanda sosteniendo que no era admisible, porque según la jurisprudencia de este Supremo Tribunal no procedía admitir la tercería de dominio ni de mejor derecho cuando no sólo estaba ejecutoriada la sentencia de remate, sino terminado el procedimiento de apremio, y cuando no era posible suspender el pago por haberse realizado los bie-

nes embargados y héchose entrega de ellos al comprador, que se hallaba en posesión de los mismos desde hacía dos años: que la acción reivindicatoria ejercitada por el que se creía dueño de la cosa sólo podía dirigirse contra el tenedor de ella; y toda vez que de esa acción debía hacer uso la demandante, no procedía nunca contra los sucesores de la ejecutante, sino contra Miguel Sánchez Ferreira, que era el dueño y poseedor actual de los esclavos reclamados:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó en 14 de Noviembre de 1882 sentencia revocatoria absolviendo á los demandados de la demanda:

Resultando que Doña Agueda de Lima interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º La ley 10, tít. 14, Partida 3ª, y la doctrina establecida á su tenor en las sentencias de este Supremo Tribunal de 12 de Diciembre de 1859 y 2 de Marzo de 1867, que se consigna que debe ser entregada al demandante la cosa que demuestre que poseyó su padre ó abuelo ó aquél á quien hereda, toda vez que la sentencia absolvía de la demanda á las sucesiones de Domínguez y Recio de Morales, sin embargo de reconocer que los esclavos fueron adquiridos por la recurrente en título de patrimonio:

2º La doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Abril de 1860, según la cual no es necesario presentar escritura de albalá de compra ó donadío para acreditar el dominio de los siervos, pudiendo utilizarse cualquiera otro medio de prueba, puesto que se denegaban las pretensiones de la demandante por no habér presentado el título de adquisición de los morenos objeto del pleito:

3º La jurisprudencia sentada en diferentes fallos de este Supremo Tribunal, y muy señaladamente en el de 9 de Noviembre de 1881, declarando que no perjudica al demandante la circunstancia de equivocar el ejercicio de su acción siempre que determine con claridad y precisión lo que pida; pues habiendo pretendido la recurrente que se declarasen de su propiedad los esclavos litigiosos y se la entregase por los demandados, á cuyo efecto utilizó la acción reivindicatoria, el incidente de proponerla el juicio de tercería ó en otro independiente no había debido tenerse en cuenta para denegar la demanda;

Y 4º El principio de derecho *res ubicumque sit pro domino suo clamat*, y el consignado en la regla 13, tít. 34, Partida 7ª, según la cual nadie puede ser privado de su propiedad sin su consentimiento, y de ella se privaba la recurrente á pesar de haber probado ser suyos los esclavos de que se trata:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que es doctrina legal sancionada por la jurisprudencia que las tercerías de dominio no son admisibles después de otorgada la escritura ó consumada la venta de los bienes á que se refiera ó de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, quedando á salvo el derecho del tercero para deducirlo contra quien y como corresponda:

Considerando que en tal concepto, y fundándose esencialmente la sentencia recurrida en el hecho confesado por la misma parte recurrente de haber deducido su demanda de tercería con posterioridad á la enajenación en pública subasta de los esclavos reclamados, con entrega de ellos al rematante D. Miguel Sánchez Ferreira, no tienen aplicación al presente caso las leyes y doctrinas que se suponen infringidas en los

dos primeros motivos por referirse á la apreciación del valor y eficacia de los títulos de dominio presentados por los litigantes, cuestión secundaria en este pleito, como subordinada á la de procedencia ó improcedencia de la demanda por razón del tiempo en que se interpuso:

Considerando que tampoco es aplicable y por tanto no ha podido infringir el fallo impugnado la doctrina de que se hace mérito en el tercer motivo, puesto que no se trata de haberse designado con impropiedad la acción ejercitada, sino de ser ésta inadmisible cuando se dedujo:

Considerando, por último, que es inoportuna y contraproducente la cita del principio de derecho alegado en el cuarto motivo, por cuanto la demanda se propuso fuera de tiempo, según queda expresado, y no se ha sustanciado con el poseedor de los esclavos Sánchez Ferreira;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Agueda de Lima, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 8 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Diciembre del mismo año.)

279

Recurso de casación en asunto de Ultramar (9 *de Octubre* de 1883).—*Sala tercera.*—Desahucio.—No se admite el interpuesto por D. Pedro Alvarez Campos con el curador *ad bona* de Doña Dolores García (Juzgado de Monserrate), y se resuelve:

1° *Que con arreglo á lo prevenido en el caso 4° del art. 33 de la ley de casación civil vigente en Cuba, al escrito en que se interponga el recurso de casación por infracción de ley deberá acompañarse, cuando sea recurrente el arrendatario ó inquilino, el documento que acredite el pago ó consignación de las rentas*;

Y 2° *Que si el recurrente no ha presentado al interponer el recurso el documento á que se refiere el artículo citado, no procede admitirlo según los términos del art. 37 y caso 2° del 44 de dicha ley.*

Resultando que D. Carlos Villate, como curador *ad bona* de Doña Dolores García, dedujo demanda en el Juzgado municipal del distrito de Monserrate de la ciudad de la Habana contra D. Pedro Alvarez Campos sobre desahucio de la casa que ocupaba en la calle de Neptuno, número 63, por haber vencido el término del aviso de desalojo dado al inquilino con arreglo á la ley; y seguido el juicio por sus trámites, el Juez municipal dictó sentencia, que fué confirmada por el Juez de primera instancia en 25 de Enero último, condenando á D. Pedro Alvarez Campos á que dentro de ocho días desalojase la casa que habita en la calle de Neptuno, núm. 63; apercibido de lanzamiento, con las costas de su cargo:

Resultando que D. Pedro Alvarez Campos interpuso recurso de casación fundado en la infracción de las leyes y jurisprudencia que citó; y oído el Ministerio fiscal, se opuso á la admisión del recurso:

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que con arreglo á lo prevenido en el caso 4° del ar-

tículo 33 de la ley de casación civil vigente en Cuba, al escrito en que se interponga el recurso de casación por infracción de ley deberá acompañarse, cuando sea recurrente el arrendatario ó inquilino, el documento que acredite el pago ó consignación de las rentas:

Considerando que D. Pedro Alvarez Campos no ha presentado al interponer el recurso el documento á que se refiere el artículo citado, y que por ello no procede admitirse según los términos del art. 37 y caso 2° del 44 de dicha ley;

No ha lugar, con las costas, á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Pedro Alvarez Campos: comuníquese este auto al Juez de primera instancia de Monserrate de la ciudad de la Habana en la forma acostumbrada; y publíquese en la *Gaceta de Madrid* y en la oficial de dicha ciudad, insertándose á su tiempo en la *Colección legislativa*, para lo que se pasen las oportunas copias.— —(Sentencia publicada el 9 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Noviembre del mismo año.)

280

Recurso de casación (10 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —PETICIÓN DE HERENCIA.—No ha lugar al interpuesto por D. Agustín Caserio con D. Manuel y D. José do Couto (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1° *Que la sentencia que fundándose en los términos en que se halla redactada una cláusula testamentaria, declara que estaba cumplida por parte del heredero la condición que los testadores le impusieron para que pudiesen heredar la mitad de sus bienes*; *no infringe la ley* 7ª, *título* 4°, *Partida* 6ª, *que define las condiciones posibles y exige el cumplimiento de las mismas para que la institución de heredero tenga efecto*;

Y 2° *Que el principio de que la voluntad del testador legítimamente manifestada es la norma que regula las sucesiones libres no se infringe de ningún modo por la sentencia que reconoce el derecho de determinada persona á ser heredero con arreglo á una cláusula testamentaria.*

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Mondoñedo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. Agustín Caserio Martínez, labrador, vecino de la parroquia de San Juan de Villaront, con D. Manuel y D. José do Couto Longarela, de la misma vecindad, sobre petición de herencia; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, y en su defensa y representacion por el Licenciado D. Julián Huerta y el Procurador D. Francisco Quintín Fernández, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que los consortes D. Manuel Martínez y Doña Francisca Fernández en testamento que otorgaron en 17 de Abril de 1846 se legaron mutuamente todos sus bienes para que el superviviente los disfrutase durante su vida á su arbitrio, disponiendo que para después del fallecimiento del último legaban la mitad de su patrimonio á su so-

brino José do Couto, hijo de Manuel y de Ramona, en concepto de que haría méritos para obtener tal legado viviendo en compañía de los testadores, pues de lo contrario sería potestativo en el cónyuge supérstite disponer del legado en favor del pariente que lo mereciera, cumpliendo con pagar á dicho José las soldadas vencidas: con iguales condiciones legaron la otra mitad á su sobrina Rosa Miranda siempre que contrajese matrimonio canónico con el José do Couto; y no verificándose tal enlace, dispondría de este legado el cónyuge sobreviviente á favor del pariente que mejor le pareciese y más lo mereciese; y por último, se nombraron mutuamente albaceas en unión de Juan García da Rua y de Manuel do Couto, y concluyeron declarando que se instituían mutuamente por únicos y universales herederos, y á la muerte del último á los expresados sus sobrinos José y Rosa, siempre que se verifiquen las condiciones marcadas en los anteriores legados, y que por falta de ellas no disponga el superviviente de los bienes de ambos en la forma que quedaba referida, instituyen ambos por sus únicos herederos cada uno á sus más inmediatos sobrinos; pero en el caso de que el referido José casare en casa al gusto y beneplácito del superviviente, será éste único heredero de los bienes de ambos:

Resultando que en 26 de Octubre de 1881 dedujo D. Agustín Caserío Martínez demanda civil ordinaria, en la que, haciendo mérito de la anterior disposición testamentaria y diciendo además que D. Manuel falleció en 23 de Junio de 1846, y su mujer Doña Francisca en 7 de Noviembre de 1848, sin haber hecho uso de las facultades reservadas en el testamento para variar la institución de heredera por no haber cumplido los nombrados las condiciones que les impusieron, que ni Don José do Couto ni Doña Rosa Miranda cumplieron las condiciones impuestas en el testamento, puesto que el primero se vino á Madrid en vida de Doña Francisca, y en dicho punto permaneció hasta después del fallecimiento de ésta, y por cuanto Doña Rosa contrajo matrimonio con un tercero, y que al fallecimiento de Doña Francisca se apoderó de todos los bienes D. Manuel do Couto, padre del D. José, y al regreso de éste continuaron ambos en la posesión de la herencia sin dar cuenta ni participación á los sobrinos de D. Manuel Martínez, en cuyo número se encontraba el demandante por ser hijo de una hermana de éste, solicitó se declarase en definitiva que era heredero de su tío D. Antonio Martínez por haber quedado sin efecto la institución condicional hecha á favor de D. José do Couto, condenando á éste y á su padre á entregarle la herencia indicada con los frutos percibidos desde el 7 de Diciembre de 1858:

Resultando que los demandados opusieron que D. José do Couto habitó en casa de sus tíos hasta Abril de 1848, en cuya fecha, con licencia y beneplácito de Doña Francisca, ya viuda, se vino á esta corte equipado y provisto de los efectos necesarios para el viaje por su misma tía, y que á los pocos meses de su ausencia falleció dicha señora, cuidada y asistida con esmero por el otro demandado D. Manuel, quien ejecutó como albacea que era la disposición testamentaria de aquélla:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales, incluso el de prueba que utilizaron ambas partes, y en dos instancias, dictó sentencia confirmatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña en 22 de Febrero próximo pasado declarando no haber lugar á la demanda interpuesta por D. Agustín Caserío, de la que se absolvió á D. José y D. Manuel do Couto:

Resultando que á nombre de D. Agustín Caserío se interpuso recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1° La ley 7ª, tít. 4°, Partida 6ª, que define las condiciones posibles, en el concepto de que prescinde de ella por completo la sentencia recurrida, é invoca en su lugar la 14, tít. 5°, y la 6ª, tít. 9° de la Partida 6ª, no obstante que el pleito no versaba sobre si existía ó no un fideicomiso y si había ó no lugar al derecho de acrecer, sino sólo y exclusivamente acerca de si D. José do Couto cumplió ó no la condición con que fué instituído heredero por sus tíos de vivir en su compañía y en la del sobreviviente, prestándoles su asistencia personal;

Y 2° El axioma jurídico de que la voluntad del testador legítimamente manifestada es la norma que regula las sucesiones libres, en el concepto de que en el testamento de que se trata llamaron ambos cónyuges á la herencia á sus sobrinos más próximos siempre que los instituídos no cumpliesen la condición que les impusieron de vivir en su compañía, principalmente en la del que sobreviviese; y que éste no hiciese uso de la facultad de modificar la institución que para tal caso se reservaron ambos otorgantes en dicha disposición testamentaria:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la sentencia recurrida, fundándose en los términos en que se halla redactada la cláusula del testamento otorgado por los esposos Manuel Martínez y Francisca Fernández, así como aunque ésta no hizo uso de la facultad que le concedió su marido y en las demás pruebas en el pleito practicadas, estaba cumplida por parte de José do Couto la condición que dichos testadores le impusieron para que pudiesen heredar la mitad de sus bienes; por lo cual la mencionada sentencia no infringe la ley 7ª, tít. 4°, Partida 6ª, que define las condiciones posibles y exige el cumplimiento de las mismas para que la institución de heredero tenga efecto:

Considerando, respecto del segundo motivo del recurso, que el principio de que la voluntad del testador legítimamente manifestada es la norma que regula las sucesiones libres no se infringe de ningún modo en las sentencias que como la impugnada reconoce el derecho de determinada persona á ser heredero con arreglo á una cláusula testamentaria;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Agustín Caserío, á quien condenamos al pago de las costas, y para el caso en que mejore de fortuna la de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 10 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Diciembre del mismo año.)

281

Recurso de casación en asunto de Ultramar (10 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—No ha lugar al interpuesto por D. José María Zarazúa con D. Juan Colao Arias (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que si la causa inmediatamente originaria de daños y perjuicios discutidos y declarados en el pleito fué el embargo de bienes ejecutado en el restaurant propio de los demandantes en tercería á instancia del ejecutante, y bajo su responsabilidad insistentemente aceptada á pesar de las protestas de los dueños del establecimiento, hecho distinto é independiente del delito de falsedad que estaba penado en la persona del ejecutado, y por tanto imputable exclusivamente á aquél; al declararlo así la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 2ª, 13 *y* 19, *tít.* 22 *de la Partida* 3ª; *el principio que no puede reputarse obligado á lo más quien no está obligado á lo menos; la doctrina legal que establece que no probando el actor debe ser absuelto el demandado; el principio de que los pleitos deben ser resueltos conforme á lo alegado y probado á no quebrantarse juntamente con él las leyes que la consagran, entre ellas la* 3ª, *tít.* 22, *Partida* 3ª; *el de que las pruebas en tanto pueden ser apreciadas por los Tribunales, en cuanto consistiendo en documentos no vaya esta apreciación contra su contexto, y no ofenda en ningún caso las reglas de la sana crítica; los arts.* 33, 41, 42, 46, 48 *y* 53 *del Código, de Comercio, y la ley* 114, *tít.* 18 *de la Partida* 3ª; *la doctrina legal, que es asimismo ley del Reino, formando la* 14, *tít.* 34 *de la Partida* 7ª, *de que el que usa de un derecho á nadie perjudica; y la ley* 3ª, *título* 15 *de la misma Partida que, en armonía con dicho principio, determina que no es responsable del daño que causare el que lo hace, comparándose á sí ó á sus casos y derecho; la doctrina legal de que sólo por sentencia puede resolverse y calificarse la buena ó mala fe de los litigantes y la justicia ó injusticia de sus reclamaciones; y la regla de derecho universal y de sana y buena crítica de que desapareciendo la causa cesan y se quitan los efectos que la misma causa se encuentre produciendo: porque son inaplicables al presente caso, toda vez que se fundan en el supuesto erróneo de que la sentencia condenando al ejecutado á la pena personal y á la indemnización de los perjuicios causados al ejecutante, comprende los ocasionados por éste á los terceristas; siendo así que ni éstos intervinieron en la causa criminal contra el ejecutado, ni éste en la diligencia del embargo originario de los daños y perjuicios en cuestión, de que espontáneamente se constituyó responsable dicho ejecutante.*

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Juan Colao Arias, representado por el Procurador Don Joaquín Díaz Pérez, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel Pedregal, y D. Gervasio Pérez Cernuda, que no ha comparecido en este Tribunal, con D. José María Sarazúa y Cabareda, y en su nombre el Pro-

curador D. José María Aguirre, dirigido por el Licenciado D. Faustino Rodríguez San Pedro, sobre indemnización de daños y perjuicios:

Resultando que D. José María Sarazúa dedujo demanda ejecutiva contra la Sociedad titulada *Gervasio Pérez y Fernández* para el pago de 1.050 pesos, importe de un pagaré firmado por D. Francisco Iglesias, Gerente de dicha Sociedad, que como tal lo reconoció á la orden de Sarazúa:

Resultando que despachada la ejecución y requerido de pago Iglesias, en 9 de Enero de 1877 manifestó que no tenía efectivo con qué verificarlo; y acordado proceder al embargo de sus bienes por indicación del actor, se constituyeron el alguacil y el actuario en el restaurant Noble Habana y después el Fénix á fin de proceder al inventario y depósito de los efectos del mismo: y preguntando por D. Francisco Iglesias, se presentaron D. Juan Arias y D. Gervasio Cernuda manifestando que Iglesias no habitaba en la casa ni le conocían, y que eran los únicos dueños del establecimiento: que el actor pidió que se procediera bajo su responsabilidad á cumplir la diligencia, puesto que la casa era responsable al valor del pagaré; y habiendo protestado Arias y Pérez contra Sarazúa todos los daños y perjuicios que se les ocasionasen, puesto que eran ajenos completamente á la deuda que se cobraba, porque la casa la tomaron estando cerrada, y aunque existían algunos efectos pertenecientes al antiguo establecimiento, los compraron particularmente á D. Gervasio Pérez; insistiendo Sarazúa en la forma del embargo y depósito dispuesto, tuvo lugar la diligencia bajo su responsabilidad, repitiendo D. Juan Arias, terminada que fué, que la casa era de la propiedad de él y de su socio; y que las existencias que en ella había pertenecientes al anterior establecimiento las habían comprado por 2.000 pesos á D. Gervasio Pérez:

Resultando que en 31 de dicho mes de Enero de 1877 la Sociedad *Juan Colao y compañía* dedujo demanda de tercería de dominio de los efectos embargados, los cuales pidieron se declarase que pertenecían en propiedad y en posesión á la Sociedad demandante, alzando el embargo, con condenación de costas y pago de daños y perjuicios á Sarazúa:

Resultando que conferido traslado de la demanda al ejecutante y á la Sociedad ejecutada de Gervasio Pérez y Fernández, pidió la Sociedad demandante que el traslado conferido á la Sociedad llamada por Sarazúa de Gervasio Pérez y Fernández se entendiera con el individuo que llevaba este nombre, que había sido el que había vendido los efectos como dueño de ellos, y no con D. Francisco Iglesias; y que en el caso de no estimarlo así, se previniera á Iglesias que exhibiera la escritura social, protestando la nulidad de lo actuado y los daños y perjuicios y costas:

Resultando que negada esta pretensión, se personó en los autos Don Francisco Iglesias, por sí y como representante que había sido de la fonda Noble Habana, impugnando la demanda y sosteniendo la existencia de la indicada Sociedad:

Resultando que dictada en el juicio ejecutivo sentencia de remate, el curador del menor D. Gervasio Pérez y Fernández dedujo en 27 de Febrero de 1877 querella de falsedad del carácter con que D. Francisco Iglesias había autorizado el pagaré con el cual se había promovido dicho juicio, alegando para ello que cuanto se había actuado era nulo por descansar en un hecho completamente falso como medio para es-

tafar á D. José Sarazúa de acuerdo con Iglesias en cuyo caso la víctima designada por ambos había de ser el menor: que dueño éste del restaurant Noble Habana, se trató de constituir una Sociedad para explotarle entre aquel, D. Francisco Iglesias y D. José Quintana; y habiendo extendido una minuta del contrato que debía reducirse á escritura pública, faltando á aquéllos el numerario que debían apron tar, se rompió la minuta, á presencia de varios testigos: que Pérez entonces puso el restaurant á su nombre, y á su frente como dependientes á Iglesias y Quintana; pero más tarde, por no ser víctima de sus abusos y manejos, cerró la casa y entregó la llave á su dueño, vendiendo el mobiliario á Arias y compañía, que tomaron en arrendamiento la propia finca y abrieron el restaurant El Fénix: que estos hechos que se justificarían demostraban que la Sociedad Gervasio Pérez y Fernández no llegó á existir, y que el cargo de Gerente de ella, que se atribuyó Don Francisco Iglesias al suscribir el pagaré base de la ejecución de Sarazúa era falso, del propio modo que la personalidad con que se invistió en los demás actos del juicio:

Resultando que admitida la querella que se mandó sustanciar en pieza separada, con suspensión del juicio ejecutivo en el estado en que se encontrase, dictó á su tiempo sentencia la Sala primera de justicia de la Audiencia de la Habana en 15 de Diciembre de 1877 declarando que el hecho de autos constituía un delito de estafa cometida al defraudar á un tercero bajo el engaño de suponerse Gerente de una Sociedad de la cual sólo era dependiente; siendo por consiguiente responsable asimismo de todos los daños y perjuicios ocasionados á consecuencia de un delito, y condenando á D. Francisco Iglesias Menéndez como autor de dicho delito en ocho meses de prisión, devolución de la cantidad estafada, daños y perjuicios irrogados y pago de todas las costas:

Resultando que en los mencionados autos de tercería presentó la Sociedad demandante Juan Colao Arias y compañía un escrito en 29 de Mayo de 1877, manifestando que con las medidas del embargo y veeduría obtenido en el restaurant del Fénix habían retirado su confianza las personas que suministraban víveres al establecimiento, y se habían alejado los concurrentes de él: que esta situación era insostenible para la Sociedad demandante, y para evitar mayores males se veía en la necesidad de cerrar el establecimiento, que por su situación y crédito de que gozaba explotaban con notables ventajas; pero como los muebles y enseres estaban embargados por el Juzgado á instancia de D. José María Sarazúa y había constituído un depositario, se creía en el deber, antes de entregar la llave de la casa á su dueño, de ponerlo en su conocimiento para que dispusiera lo que estimara procedente respecto á las especies secuestradas, sin que se entendiera que por ello cedían en nada de sus derechos en orden al dominio de las mismas:

Resultando que suspendido para este tiempo el curso del juicio ejecutivo á consecuencia de la instrucción de la causa, se declaró también en suspenso la tramitación de la tercería, acordándose respecto á los muebles embargados que se trasladaran al lugar que se designase por el depositario y por la Sociedad Juan Colao Arias y compañía:

Resultando que dictada sentencia en la causa y puesto testimonio de ella en el juicio ejecutivo, la Sociedad demandante solicitó en vista de su resultado que diese por terminada la tercería declarando que el embargo de los efectos y enseres del restaurant había sido improcedente é injustificado, disponiendo en su virtud que se alzase desde luego y

que se entregasen aquéllos bajo inventario á la Sociedad demandante, liquidándose las costas y exigiéndose de D. José María Sarazúa, de cuenta y cargo de quien eran como único y voluntario causante de ellas, protestando reclamar judicialmente del mismo los daños y perjuicios:

Resultando que Sarazúa, á quien se comunicó esta pretensión, estuvo conforme en que cesaran todos los efectos del juicio ejecutivo y de aquella tercería, pero no en que se hiciera declaración alguna sobre la procedencia del embargo y sobre costas, puesto que estaba ya hecha por la ejecutoria de la causa al castigar á Iglesias como reo del delito de estafa y responsable de las costas, daños y perjuicios irrogados á las partes todas que habían litigado:

Resultando que el Juez en auto de 17 de Mayo de 1878 declaró terminado el juicio mandando alzar el embargo de los enseres y efectos y entregarlos á la Sociedad demandante, declarando de cargo de Sarazúa las costas de la tercería sin perjuicio del derecho que pudiera competirle para repetir contra D. Francisco Iglesias; y que apelado este auto por Sarazúa en el extremo relativo á las costas, la Audiencia de la Habana por sentencia de 19 de Octubre de 1878 la revocó en dicho punto declarando que todas las costas eran de cargo de D. Francisco Iglesias, habiéndose denegado por este Supremo Tribunal el recurso de casación que interpuso:

Resultando que los referidos D. Juan Colao Arias y D. Gervasio Pérez y Cernuda, que habían formado la indicada Sociedad, dedujeron en 7 de Febrero de 1879 la demanda objeto de estos autos, en la que consignó como hechos los antecedentes que quedan referidos, á los que agregaron que antes de establecer el pleito habían citado á Sarazúa de conciliación, reclamándolo por daños y perjuicios 500 pesos en oro y 41.884 pesos 80 centavos en billetes en esta forma: por el capital aportado, según la escritura que se computaba, íntegro 3.600 pesos billetes; por las utilidades que dejaron de percibirse, que se reducían á 1.000 pesos en 23 meses, 23.000 pesos billetes; por las pérdidas sufridas en los meses de Febrero á Junio de 1877, 3.869 pesos 80 centavos; por el daño y menoscabo sentido en el crédito de los asociados, 5.000 pesos; por valor de la casa, apreciado en 10.000 pesos de los que se hicieron oferta, rebajado la mitad, 5.000 pesos billetes; por el alquiler de los cuatro y medio meses, pagado después del 14 de Junio de 1877, en que se cerró el establecimiento, y que no figuraba en las pérdidas por haberse hecho ese abono al dueño de la finca cuando ya no estaba abierto aquél, 990 pesos billetes; por habitación, comida y demás del veedor interventor durante el tiempo que desempeñó su cometido, 225 pesos billetes, y por gastos judiciales, 200 pesos en billetes y 500 pesos en oro, reservándose su derecho para exigir los perjuicios sufridos por el menoscabo de los efectos secuestrados, á lo cual se había negado Sarazúa por estar ya resuelto lo que se pedía; como fundamentos de derecho citaron diferentes leyes de Partida y de la Novísima y sentencias de este Supremo Tribunal que tratan de la obligación de reparar los daños y perjuicios por el causante de ellos; de la garantía que debe dar el que consigne un embargo, siquiera sea preventivo, y de la obligación en que está de alzarlo si se declara improcedente, y de abonar daños y perjuicios, de lo cual no podía excusarse Sarazúa, habiéndose hecho el secuestro bajo su más estrecha responsabilidad; y haciendo uso de la acción personal que les asistía, suplicaron se condenase á D. José María Sarazúa al pago de 41.884 pesos 80 centavos en

billetes del Banco Español y 500 pesos en oro que se le reclamaban por indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, con las costas:

Resultando que D. José María Sarazúa contestó á la demanda con la pretensión de que se le absolviera de ella, oponiendo la excepción de falta de acción, y alegando que la terminación de la tercería de dominio interpuesta por Colao Arias y compañía no fué por sentencia, único caso en que podía apreciarse el derecho con que se litigaba y la responsabilidad civil de las partes contendientes: que terminado el juicio ejecutivo por la declaración de falsedad criminal del título, las cosas se repusieron á su primitivo estado, declarándose las costas, los perjuicios y la devolución de la cantidad estafada de cargo de Iglesias, reo del delito de estafa, por lo que no era posible, dados esos hechos, atribuir á otro una responsabilidad que ya estaba declarada: que esa declaración se había reiterado por la Audiencia en juicio en que figuraba como parte Colao Arias y compañía, en cuyo concepto la ejecutoria les comprendía; y que, dados esos antecedentes, había que considerar forzosamente como notoriamente injusto aquel pleito; y dada la irresponsabilidad de los actores, las costas debían declararse de cargo del Abogado defensor, toda vez que la libertad de la defensa debía estar limitada por la responsabilidad consiguiente:

Resultando que los demandantes replicaron que Sarazúa no contradecía el origen ni entidad de los perjuicios que se reclamaban, con lo cual había convenido en que era justa la demanda y reconocido el deber en que estaba de abonar aquéllos: que no presentaba ni citaba documento público ni privado, ejecutoria ni otro dato alguno que le eximiera expresa ni virtualmente del resarcimiento de perjuicios objeto de este pleito; y que sólo oponía la excepción de falta de acción, fundada en una interpretación absurda de la sentencia recaída en la causa, en la cual sólo se establecía que si Iglesias con el hecho de la estafa perjudicó á Sarazúa, estaba en el caso de indemnizarle; pero no decía que Sarazúa quedase exento de resarcir el daño que de la temeridad con que solicitó y alcanzó el embargo se siguió á Colao Arias y Pérez Cernuda:

Resultando que los demandados suministraron extensas pruebas sobre la existencia é importancia de los perjuicios demandados; y que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó sentencia en 24 de Noviembre de 1881, que no fué conforme con la del Juez inferior, declarando haber lugar á la demanda interpuesta por D. Juan Colao Arias y D. Gervasio Pérez Cernuda contra D. José María Sarazúa en reclamación de daños y perjuicios, fijándose unos y otros en la cantidad de 9.859 pesos 80 centavos del Banco Español de la Habana, y condenando en su consecuencia al demandado á que diera y pagara esta cantidad á los demandantes, sin hacer especial condenación de costas en ambas instancias:

Resultando que D. José María Sarazúa interpuso recurso de casación, citando al interponerle, y después en tiempo oportuno en este Supremo Tribunal, como infringidas:

1° Las leyes 13 y 19, tít. 22, Partida 3ª, que tratan de cuándo no vale el segundo juicio que fué dado contra el primero y qué fuerza tiene el juicio, al no reconocer eficacia á la sentencia dictada en la causa criminal contra D. Francisco Iglesias, que declaró de su cargo las costas y los daños y perjuicios irrogados con motivo del embargo del restaurant El Fenix á Sarazúa y á los dueños de este restaurant

Arias y Pérez, y las costas de los juicios todos que se habían establecido, sentencia que tenía para Arias y Pérez fuerza y valor, no obstante haber sido dictada en un juicio en que no fueron parte: primero, porque era criminal; y segundo, porque pidieron que por virtud de aquella sentencia se terminara, tanto el juicio ejecutivo establecido por Sarazúa donde se ejecutó el embargo del restaurant, como la tercería de dominio del mismo, interpuesta como incidente, y en la que había de declararse la procedencia ó improcedencia del embargo:

2° Las propias leyes antes citadas, y además la 2ª del propio tít. 22, Partida 3ª, y el principio de que no puede reputarse obligado á lo más quien no está obligado á lo menos, al no dar fuerza ni reconocer eficacia á la sentencia de 19 de Octubre de 1878, que puso término á la tercería de dominio, la cual no la resolvió por el derecho alegado por las partes, sino por el hecho criminal que motivó su terminación, en cuyo concepto las costas y los perjuicios se declararon de D. Francisco Iglesias causante de unas y otros:

3° La doctrina legal de que no probando el actor debe ser absuelto el demandado, que constituye la ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª; el principio de que los pleitos deben ser resueltos conforme á lo alegado y probado á no quebrantarse juntamente con él las leyes que la consagran, entre ellas, la 3ª, tít. 22, Partida 3ª, y el no menos conocido de que las pruebas en tanto pueden ser apreciadas por los Tribunales, en cuanto consistiendo en documentos no vaya esta apreciación contra su contexto, y no ofenda en ningún caso las reglas de la sana crítica, pues Arias y Pérez no habían justificado que por el hecho del embargo se les irrogasen perjuicios, los cuales decían les fueron irrogados por la clausura del establecimiento, acto que realizaron libre y espontáneamente á los cinco meses y días de ejecutado el embargo, habiéndose infringido también en la apreciación de las pruebas los artículos 33, 41, 42, 46, 48 y 52 del Código de Comercio, y la ley 114, tít. 28 de la Partida 3ª:

4° La doctrina legal, que es asimismo ley del Reino, formando la 14, tít. 34 de la Partida 7ª, de que el que usa de un derecho á nadie perjudica; y la ley 3ª, tít. 15 de la misma Partida, que, en armonía con dicho principio, determina que no es responsable del daño que causare el que lo hace, comparándose á sí ó á sus casos y derecho; y si Sarazúa usó de él al solicitar el embargo del restaurant, por ese hecho no podía suponerse que causó perjuicios, ni apreciarse si obró justa ó injustamente, con ó sin temeridad, toda vez que el juicio que provocaron Arias y Pérez para que tal declaración se hiciese se terminó por la declaración de estafa hecha en la sentencia de 15 de Diciembre de 1877, no obstante la oposición de Sarazúa y su exigencia á que el juicio siguiese por todos sus trámites:

Y 5° La doctrina legal de que sólo por sentencia puede resolverse y calificarse la buena ó mala fe de los litigantes y la justicia ó injusticia de sus reclamaciones, de manera que, al solicitar Arias y Pérez que la demanda de tercería de dominio que tenía establecida con motivo del embargo se terminase, no por sentencia, sino por la declaración de estafa, las cosas habían de reponerse á su primitivo estado, y las costas y los perjuicios causados no podían declararse de cargo de otra persona que Iglesias, autor de la estafa y causante de los perjuicios; y la regla de derecho universal y de sana y buena crítica de que desapareciendo la causa cesan y se quitan los efectos que la misma causa se encuentre

produciendo, por cuanto diciéndose producidos los daños y perjuicios que estimaba la sentencia recurrida por la presencia del veedor en el establecimiento intervenido, sería absurdo y contradictorio admitir que esos perjuicios continuaban después de levantada semejante intervención:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la causa inmediatamente originaria de los daños y perjuicios discutidos y declarados en este pleito fué el embargo de bienes ejecutado en el restaurant titulado El Fénix, propio de los demandantes D. Juan Colao y D. Gervasio Pérez, á instancia de D. José María Sarazúa, y bajo su responsabilidad insistentemente aceptado á pesar de las protestas de los dueños del establecimiento, hecho distinto é independiente del delito de falsedad, y estaba penado en la persona de D. Francisco Iglesias, y por lo tanto imputable exclusivamente al Sarazúa:

Considerando que al declararlo así la Sala sentenciadora no infringe las leyes y doctrinas invocadas en los cinco motivos del recurso, porque son inaplicables al presente caso, toda vez que se fundan en el supuesto erróneo de que la sentencia condenando á Iglesias á pena personal y á la indemnización de los perjuicios causados á Sarazúa comprende los ocasionados por éste á Colao Arias y Pérez Cernuda; siendo así que ni éstos intervinieron en la causa criminal contra Iglesias, ni éste en la diligencia del embargo originario de los daños y perjuicios en cuestión, de que espontáneamente se constituyó responsable Sarazúa;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José María Sarazúa y Cabareda, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 10 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Diciembre del mismo año.)

282

Recurso de casación (10 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.* Ejecución de sentencia.—No se admite el interpuesto por D. Juan Ponce de León con Doña Dolores Liñán (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que el recurso de casación procede, conforme á los artículos* 1689 *y* 1690 *de la ley de Enjuiciamiento civil, contra las sentencias que terminan el juicio y las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:*

2° *Que dicho recurso no procede, según el art.* 1695 *de la referida ley, en los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias sino cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, ó se provea en contradicción con lo ejecutoriado;*

Y 3° *Que el auto que deniega la suspensión requerida por el Juez de la causa contra la demandada en pleito civil para entrega de bienes, por los gravámenes que sobre éstos impuso, de los procedimientos de apremio en el pleito en que éstos recaen, no pone término á dicho pleito;*

puesto que ni aun produce alteración en el estado en que éste se encuentra.

Resultando que pendientes de vista en la Sala segunda de la Audiencia de esta corte los autos seguidos por Doña Dolores Liñán con Doña Carlota Dávila, consorte de D. Juan Ponce de León, sobre ejecución de una sentencia en pleito sobre declaración de herederos de la Marquesa de Bondad Real, se recibió un suplicatorio del Juez de primera instancia del distrito de la Universidad, de donde proceden, para que se suspendiese el recurso de dichos autos por haberlo así acordado en una querella criminal formulada por Doña Carlota Dávila contra Doña Dolores Liñán; teniendo para ello en cuenta la relación que entre ambos procedimientos existía:

Resultando que denegada la paralización del curso del pleito por la referida Sala en 26 de Febrero último, Doña Carlota Dávila suplicó, y que por auto de 19 de Marzo siguiente fué desestimada la súplica, con las costas, acordando que se estuviera á lo mandado:

Y resultando que D. Juan Ponce de León interpuso contra este auto recurso de casación por infracción de ley;

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que el recurso de casación procede, conforme á los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, contra las sentencias que terminan el juicio y las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que dicho recurso no procede, según el art. 1695 de la referida ley, en los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias sino cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, ó se provea en contradicción con lo ejecutoriado:

Considerando que el auto de la Audiencia contra el que se recurre, al denegar la suspensión requerida por el Juez de la causa de Doña Dolores Liñán de los procedimientos de apremio en los pleitos en que éstos recaen, no pone término á dicho pleito, puesto que ni aun produce alteración en el estado en que éste se encuentra:

Considerando que el referido auto no resuelve punto sustancial no tratado en el pleito ó que no haya sido decidido en la sentencia, porque éstos versaron sobre la declaración de heredero de la que fué Marquesa de Bondad Real á favor de Doña Dolores Liñán, al paso que el auto contra que se intenta recurrir en casación se refiere á reclamaciones en vía criminal de Doña Carlota Dávila contra dicha Doña Dolores por consecuencia de los gravámenes que ésta impuso á favor de aquélla sobre los bienes que adquirió por la mencionada sentencia;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Juan Ponce de León, como marido de Doña Carlota Dávila, á quien se condena en las costas, devolviéndosele el depósito que ha constituído: líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente; y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley.—(Sentencia publicada el 10 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Noviembre del mismo año.)

283

Recurso de casación (11 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —RECLAMACIÓN DE SALARIOS.—Ha lugar al interpuesto por D. Fernando de Miranda con D. Antonio de Llano y Alvarez (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

Que infringe la cosa juzgada el fallo que se aparta de la apreciación del tercer perito, si éste no se apartó al hacerla de las bases establecidas por la sentencia que se trataba de ejecutar.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Cangas de Tineo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Antonio de Llano y Alvarez, que no se ha personado en este Supremo Tribunal, con Don Fernando de Miranda y Maire, por sí y como marido de Doña Josefa de Llano y Rodríguez, y en su nombre el Procurador D. Juan Pascual García, bajo la dirección del Licenciado D. Enrique Pérez Hernández, sobre reclamación de salarios:

Resultando que D. Antonio de Llano y Alvarez entabló demanda en 2 de Diciembre de 1874 en el Juzgado de primera instancia de Cangas de Tineo reclamando á D. Antonio de Llano y Martínez el pago de las soldadas de 34 años y meses que le había servido como criado de labranza, previa regulación anual de los mismos por peritos nombrados en la forma ordinaria, en atención á que no habían ajustado lo que por tal servicio le había de satisfacer:

Resultando que D. Antonio Llano y Martínez impugnó la demanda fundado en que había tenido en su casa al demandante á instancia suya y como un simple pariente y amigo, alimentándole y asistiéndole con abundancia y permitiéndole dedicarse á la cría de ganados, que mantenía á costa del demandado, vendiéndolos cuando lo tenía por conveniente:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, por ejecutoria de la Audiencia de Oviedo de 4 de Diciembre de 1876, en la que, entre otros fundamentos, se estableció que para el pago de los salarios debía tenerse en cuenta el valor de la manutención de la res vacuna ó mular que Alvarez había tenido en casa de Martínez desde que éste contrajo segundo matrimonio hasta que se casó su hija, y el importe de alimento y vestido que le dió desde que entró en su casa hasta que salió de ella; y debiendo ser la tasación de todo ello objeto del juicio pericial, se condenó al demandado D. Antonio de Llano y Martínez á satisfacer al demandante el importe de los salarios que como criado había devengado en su casa durante los 34 años que estuvo en ella, regulándose por peritos nombrados por las partes y tercero en discordia en la forma ordinaria, abonándose al demandado para pago de dichos salarios el valor de la manutención y vestido que dió al demandante durante dicho tiempo, igualmente que el de la res que le había permitido tener en casa desde sus segundas nupcias hasta el matrimonio de su hija, regulado también todo al mismo tiempo por los propios peritos, á

quienes se pusieron al efecto los autos de manifiesto, sujetándose á lo determinado en la parte dispositiva expresada:

Resultando que para cumplimiento de esta sentencia nombraron las partes peritos que practicaron la tasación; pero como no estuvieran conforme en ella, y las partes tampoco en la designación de tercero, dejándolo á disposición del Juzgado, el Juez por providencia de 15 de Junio de 1881 nombró como tal á D. Jenaro González Requerín:

Resultando que practicada por éste la tasación, calculó el salario en 80 pesetas anuales, que ascendía á 2.720 pesetas, y rebajando 1.700 por el vestido y 956 pesetas y 40 céntimos como utilidades de las reses, dió como resultado á favor del demandante de 63 pesetas y 60 céntimos:

Resultando que D. Antonio de Llano y Alvarez se opuso á esta tasación pidiendo se declarase nulo el nombramiento de perito tercero y nulas las diligencias posteriores á él, procediéndose á verificarlo con arreglo á las prescripciones de la ley, y en el caso que á esto no hubiese lugar, se dejase sin efecto su declaración:

Resultando que estimada esta pretensión por el Juez, D. Fernando de Miranda y Maire, marido de Doña Josefa Llano y Rodríguez, que se personó en los autos como hija y heredera única de D. Antonio de Llano y Martínez, pidió reforma de este proveído en el sentido de que se la comunicara traslado de la pretensión contraria; y denegada la reforma, interpuesta apelación, la Audiencia de Oviedo la estimó mandando que del incidente de nulidad promovido por D. Antonio de Llano se confiriese traslado á D. Fernando Miranda:

Resultando que hecho así, fué impugnado por éste pidiendo se declarase válido y eficaz el nombramiento de perito tercero, toda vez que no perteneciendo la tasación á ninguna ciencia ni arte que estuvieran reglamentados por las leyes, ni estando comprendida en ninguna de las tarifas que regían para el pago de la contribución de subsidio, era imposible llenar el requisito que exigía la ley, además de que las partes se sometieron al que nombrara el Juzgado; y que en el caso de que no existieran méritos suficientes para aprobar el dictamen de dicho perito, se mandase que la ampliara á varios particulares:

Resultando que recibido el incidente á prueba, D. Fernando Miranda la suministró de testigos sobre la costumbre relativa á los salarios de criados y cálculo de los gastos y utilidades de una res; y D. Antonio de Llano documental para acreditar que en el Ayuntamiento de Valdés había dos Peritos Agrimensores matriculados, y que en el de Tineo sólo figuraba uno en el ejercicio de 1880 á 1881:

Resultando que sustanciado el incidente en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo dictó sentencia en 6 de Febrero del corriente año 1883, que no fué conforme con la del Juez inferior, declarando no haber lugar al incidente promovido por D. Antonio de Llano y Alvarez, y en su consecuencia válido y legal el nombramiento del perito tercero D. Jenaro González Requerín, y asimismo válidas todas las actuaciones posteriores al mismo, comprendiéndose en ellas la declaración pericial de los folios 135 al 137 inclusive; pero entendiéndose en cuanto á ésta que no son de cargo de Llano y Alvarez las dos partidas relativas á una res bovina y otra mular, que suman 956 pesetas 40 céntimos, por lo que debe percibir las 1.020 pesetas que deducidas aquéllas arroja á su favor dicha declaración pericial, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Fernando Miranda, en la representación indicada, interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 19, tít. 22, Partida 3ª, que trata de la fuerza que há el juicio, y declara y manda que el juicio afinado la tenga maravillosa, y el principio de derecho natural y civil de la santidad de la cosa juzgada; pues la sentencia declaraba que no eran de cargo de Llano y Alvarez las partidas relativas á una res bovina y otra mular, y en la ejecutoria se mandaba terminantemente que los salarios debidos á Llano habían de ser compensados con el valor de la manutención de la res:

2° La misma ley 19, tít. 22, Partida 3ª, y el mismo principio del respeto debido á la cosa juzgada; en el concepto de que la sentencia había modificado y apreciado como lo parecía, por razones que ya no podían surtir efecto alguno desde que quedó afinado el juicio, la regulación del valor de la manutención de la res hecha en cumplimiento de la ejecutoria por el tercer perito nombrado por el Juzgado, siendo así que dicha regulación estaba encomendada por mandato del Tribunal á los peritos, no pudiendo modificarse su regulación por el Tribunal por no tratarse de un elemento probatorio, sino de una función encomendada á quien tenía la especial competencia que para el caso se requería:

3° La doctrina legal emanada de la aplicación de la ley 19, tít. 22, Partida 3ª, y del principio de la irrevocabilidad y santidad de la cosa juzgada de que no es lícito separarse ni prescindir del juicio pericial cuando la ejecutoria le enmienda la liquidación ó regulación de determinadas cantidades, siempre que el perito se haya atenido á las bases fijadas en aquélla, que era precisamente el caso de este recurso, doctrina legal declarada y consignada constantemente por este Tribunal Supremo, y más particularmente en las sentencias de 17 y 27 de Febrero de 1877 y 30 de Octubre de 1878;

4° Y por último, la ejecutoria de 4 de Diciembre de 1878 en el importante extremo de su parte dispositiva en que manda compensar con los salarios debidos á Llano Alvarez el valor de la manutención de la res sin permitir ni autorizar que este valor se compense á su vez, ni con las utilidades de la res, ni con ninguna otra cantidad, ni mande hacer regulación del valor de la res á nadie más que á los peritos:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que el fallo infringe la cosa juzgada que se invoca en los motivos expuestos, porque el tercer perito no se apartó en su apreciación de las bases establecidas por la sentencia que se trataba de ejercitar;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Fernando Miranda y Maire, por sí y como marido de Doña Josefa de Llano y Rodríguez; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 6 de Febrero del corriente año dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo.—(Sentencia publicada el 11 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Diciembre del mismo año.)

284

Recurso de casación (11 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —RETRACTO GENTILICIO.—No ha lugar al interpuesto por D. Víctor Velandia con D. Gregorio Vergara (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1° *Que si las partes no convinieron en que la venta quedara en proyecto, sino que, por el contrario, la realizaron desde luego con la entrega de la cosa y precio, sin perjuicio de formalizar más adelante aquel documento; y la Sala sentenciadora apreció, en uso de sus facultades, que el papel privado, presentado, contiene una declaración simulada, sin que contra esta apreciación se haya expuesto infracción de ninguna clase: la sentencia que declara haber lugar al retracto, no infringe las leyes* 6ª, *tít.* 5°, *Partida* 6ª, *y* 114, *tít.* 18, *Partida* 3ª:

2° *Que tampoco infringe las disposiciones contenidas en el art.* 1618, *número* 8°, *de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, y en las leyes* 1ª, *título* 13, *lib.* 10 *de la Novísima Recopilación, y* 13, *tít.* 10, *libro* 3° *del Fuero Real, ni la doctrina del Tribunal Supremo, según la que el derecho de retracto nace desde el momento de otorgarse la escritura; porque la escritura pública no es necesaria para la existencia del contrato de compra venta, y porque si la ley de Enjuiciamiento civil establece que se compute el término desde el otorgamiento de aquélla, salvo el caso de ocultarse maliciosamente la convención, se sigue necesariamente que cuando se trata de un papel privado y clandestino pueden los Tribunales apreciar con mayor facilidad que el retrayente no ha tenido conocimiento de ello hasta después de los nueve días, apreciación á que hay que estar si contra ella no se ha alegado infracción de ninguna clase:*

3° *Que tampoco infringe la ley* 8ª, *tít.* 5°, *Partida* 5ª; *la doctrina legal de que las obligaciones nunca se extienden á más que la voluntad demostrada de los contratantes, ó sea que nadie puede ser demandado sino en virtud de obligación que aparezca plenamente haber contraído, y ley* 5ª, *tít.* 13, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, ó sea la* 71 *de Toro; invocadas haciendo supuesto de la cuestión al negar la realidad de la cuarta parte correspondiente á un pariente del quinto grado, porque el retracto no podía extenderse á esa parte;*

Y 4° *Que tampoco infringe las disposiciones de la ley* 4ª, *tít.* 5°, *Partida* 5ª, *y art* 2011 *de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, porque no se ha pretendido el retracto de la cuarta parte perteneciente á un menor de edad, á cuya venta se atribuyen faltas de solemnidad.*

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Amurrio y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. Gregorio Vergara é Izarra, labrador, vecino de Abecia, con D. Víctor Velandia y Arberas, labrador, vecino de Izarra, sobre retracto gentilicio; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Agustín de Soto y el Procurador D. José María Cordón en defensa y representación del demandado; habiendo sido

defendido y representado el demandante en este recurso por el Licenciado D. Robustiano Patiño y el Procurador D. Julián Muñoz:

Resultando que en documento privado extendido en Pamplona con fecha 3 de Enero de 1882, autorizado con las firmas de Evaristo Prieto y Braulio Elorza en concepto de testigos, declaró D. Juan Gauna Izarra que con fecha 29 de Diciembre último había recibido de D. Víctor Velandia la suma de 2.250 pesetas en calidad de préstamo, con hipoteca de una casa con sus pertenencias, y de ocho heredades que poseía en el pueblo de Izarra, comprometiéndose á practicar la oportuna información posesoria para poder otorgar escritura pública en forma legal; y á fin de que el interesado poseyera mientras tanto algún documento con que poder acreditar su entrega, confesaba en este privado provisional haber recibido la expresada cantidad para que Velandia pudiera acreditarlo en todo tiempo y hecha que fuese á favor del otorgante la información posesoria, formalizaría la escritura de hipoteca ó de venta de las porciones bajo el tipo en que el comprador prestamista Velandia conviniera dar ya que no aceptaba de modo alguno la venta intentada en documento privado, y por último, que hasta tanto que no se estipulase el interés anual que había de reditual el capital entregado ó que en su día se le entregase, cedió desde la presente fecha en garantía la administración de los bienes hipotecados, de los que dispondría Velandia como si fuesen suyos propios:

Resultando que en 12 del mismo mes de Enero dedujo D. Gregorio Vergara demanda civil ordinaria, diciendo que á D. Juan y D. Pedro Gauna correspondían las fincas que á continuación enumeraba por herencia de Doña Agueda Izarra y Loizaga, madre del D. Juan y abuela del D. Pedro, las cuales habían sido vendidas por el primero por sí y como curador del segundo á D. Víctor Velandia; que dichas fincas, pertenecientes en sus tres cuartas partes á D. Juan y en la otra cuarta á D. Pedro, eran de abolengo por cuanto procedían de la madre y abuela respectiva de aquéllos, la cual las había adquirido por sucesión de sus padres; que es pariente en cuarto grado civil de D. Juan y en quinto de D. Pedro; que D. Juan había vendido á Velandia sus tres cuartas partes, y además la otra cuarta, perteneciente á D. Pedro, menor de edad, de quien era curador; que la venta se había hecho en precio de 9.000 rs., de cuya suma había recibido D. Juan Gauna 6.750, y se había depositado el resto correspondiente á la cuarta parte del menor en poder de otra persona; que el contrato había sido hecho en Vitoria el día 29 de Diciembre último y no había sido elevado á escritura pública sino consignado en documento privado, en el que según tenía entendido se consignaba que la escritura pública sería otorgada cuando quedase hecha la inscripción en el Registro de la propiedad en favor del vendedor, y que no había tenido noticia de la realización del contrato de 2 de Diciembre hasta cuatro días después, y alegando como fundamento de derecho el precepto de la ley 73 de Toro, ó sea la 1ª y 7ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, y además que con arreglo á los artículos 1618 y 1619 de la ley de Enjuiciamiento civil, el término para entablar esta demanda de retracto gentilicio hubiera espirado el día anterior en el caso de que la venta se hubiese hecho en escritura pública; pero que habiéndose prescindido de este requisito con el evidente objeto de que no llegase la venta á conocimiento del retrayente, por lo cual puede decirse que había habido ocultación maliciosa en su realización, no corría el término á lo más sino desde el

día en que el demandante había tenido conocimiento de él; que el que no se hubiese otorgado escritura pública no obstaba para hacer uso del retracto, porque para la perfección del contrato de compra venta sólo es necesario el consentimiento en cuanto á la cosa y el precio; y que esto no obstante, no podía sostenerse el que no habiéndose otorgado la escritura no hubiese empezado á correr el plazo de nueve días, porque según la sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de Octubre de 1876, el que la ley diga que las demandas de retracto han de ser interpuestas dentro de los nueve días siguientes al otorgamiento de la escritura no significa que prohiba su interposición antes, siempre que perfecta la venta haya llegado á conocimiento del retrayente; y fundado en todo lo expuesto, concluyó solicitando que teniendo por hecha la manifestación de que si el comprador lo pretendía estaba dispuesto á percibir, no sólo las tres cuartas partes de la finca sino también la otra cuarta perteneciente á D. Pedro Gauna, siempre que del examen del documento en que se consignó el contrato resultase que la enajenación era legal y válida, se declarase en todo caso haber lugar al retracto en cuanto á las tres cuartas partes pertenecientes á D. Juan de Gauna, mediante el pago que se le haría al comprador Velandia con la cantidad de 2.250 pesetas que consignaba de las 1.687 pesetas 50 céntimos correspondientes á dichas tres cuartas partes de fincas, aceptando por su parte las demás condiciones estipuladas en el contrato privado relativas al pago de los gastos de la información posesoria y escritura, y á la subsistencia del gravamen ó pensión de 15 rs. anuales que pesaba sobre la totalidad de las fincas:

Resultando que D. Víctor Velandia opuso á la demanda que D. Juan Gauna declaró en efecto en Vitoria en 29 de Diciembre que le había vendido las fincas en cuestión, pero no aceptó por su parte el contrato, como lo probaba el documento privado que acompañaba de 3 de Enero de aquel año, en el que se exigía el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la cual no había sido aún otorgada; que D. Juan Gauna no había podido vender la cuarta parte correspondiente á su sobrino D. Pedro por ser menor de edad aun cuando fuese su curador y hubiese tenido discernido el cargo, lo que no había justificado; que no era exacto que hubiese percibido los 6 750 rs. del precio de la venta, ni que hubiese quedado depositada la parte correspondiente á D. Pedro; que el retracto se había interpuesto á los 14 días de otorgado por D. Juan Gauna el documento privado de venta, y negaba que se hubiese ocultado ésta maliciosamente; que el contrato de compra venta se perfecciona por el consentimiento de ambas partes en la cosa y en el precio, á no ser que para su perfección quieran que se otorgue escritura pública, en cuyo caso no se reputa perfecto hasta dicho otorgamiento según la ley 6ª, tít. 5°, Partida 5ª; que según el artículo 1618, para dar curso á las demandas de retracto se requiere el otorgamiento de la escritura de venta; que la ley 71 de Toro, que es la 5ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, establece que cuando muchas cosas de patrimonio ó abolengo fuesen vendidas por un precio al pariente más propincuo no puede sacar la una y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar ó ninguna de ellas; y que la demanda había sido presentada fuera de los nueve días señalados en la ley 70 de Toro, aun ampliado el término por la aplicación del art. 1619 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que ambas partes se valieron de la prueba testifical, y

de posiciones en justificación de los hechos alegados, y sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó senten cia confirmatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos en 20 de Diciembre próximo pasado, declarando haber lugar al retracto inter puesto por D. Gregorio Vergara é Izarra en cuanto á las tres cuartas partes de las fincas que pertenecían á D. Juan Gauna y que éste vendió á D. Víctor Velandia, á quien se hará pago con la cantidad consignada de 6.750 rs., precio correspondiente á dichas tres cuartas partes de fincas, quedando obligado D. Juan Gauna á otorgar la correspondiente escritura en favor de D. Gregorio Vergara, una vez hecha á su costa la información posesoria y registradas á su favor dichas tres cuartas partes de fincas; entendiéndose con la subsistencia del gravamen ó pensión de 15 rs. al año que pesa sobre la totalidad de las fincas; y mandando, por último, que una vez firme esta sentencia, se tome razón en el Registro de la propiedad de Amurrio, del compromiso contraído por Vergara de no enajenar las tres cuartas partes de las fincas durante dos años, librándose al efecto el oportuno mandamiento por duplicado al Registrador de la propiedad de dicho partido, el cual deberá devolver uno con la nota de quedar cumplido:

Resultando que, previo depósito de 375 pesetas en el establecimiento destinado al efecto, interpuso D. Víctor Velandia recurso de casación, citando como infringidos:

1° La ley 6ª, tít. 5°, Partida 6ª, y la 114, tít. 18, Partida 3ª, en el concepto de que se supone en la sentencia recurrida perfecta y consumada la compra venta en 29 de Diciembre de 1881, no obstante que consignaron los contratantes expresamente que de aquella venta querían que se otorgase la correspondiente escritura cuando hecha la información posesoria se inscribiesen las fincas á favor del vendedor, y á pesar de que en el documento privado de 3 de Enero de 1882 dijeron terminantemente que hecha la información posesoria, se formalizaría la escritura de hipoteca ó de venta de las posesiones porque el recurrente no aceptaba de modo alguno la venta intentada en documento privado:

2° El art. 1618, núm. 1° de la ley vigente de Enjuiciamiento civil que supone el otorgamiento de la escritura de venta para que pueda darse curso á las demandas de retracto, y la jurisprudencia establecida por este Supremo Tribunal, entre otras sentencias, en las de 11 de Febrero y 3 de Junio de 1867, 9 de Abril de 1874, 29 de Abril de 1875 y 5 de Marzo de 1877, según la cual el derecho de retracto nace desde el momento de otorgarse la escritura, puesto que en el caso presente no se ha otorgado todavía la escritura de compra venta que necesariamente debía otorgarse para ultimar el contrato, según lo convenido:

3° La ley 8ª, tít. 5°, Partida 5ª, y la doctrina legal de que las obligaciones nunca se extienden á más que la voluntad demostrada de los contratantes, ó sea que nadie puede ser demandado sino en virtud de obligación que aparezca plenamente haber contraído, sancionada en la sentencia de 30 de Enero de 1864 y en otras puesto que supone que el recurrente consintió realmente en la compra de las fincas que se deslindan en la demanda y bajo las condiciones con que se intentó la venta de 29 de Diciembre de 1880:

4° La ley 5ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, ó sea la 71 de Toro, según la cual cuando muchas cosas fuesen vendidas por un precio, que sean de patrimonio ó abolengo, que el pariente más pro-

pincuo no pueda sacar la una y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar ó ninguna de ellas; porque se declara en la sentencia recurrida el retracto de las tres cuartas partes de las fincas patrimoniales de que se trata y no el de la otra cuarta parte, á pesar de haberse vendido todas ellas en un solo acto y en un solo precio:

5° La ley 1ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la 13, tít. 10, libro 3° del Fuero Real, que establece para interponer en debida forma la demanda de retracto el término fatal é improrrogable de nueve días; las leyes 2ª y siguientes del mismo libro y título de la Novísima Recopilación, y el art. 1618 de la vigente de Enjuiciamiento civil, que establece el mismo plazo perentorio; el principio de moral y de derecho de que la malicia nunca se supone sino que ha de probarse, y el art. 1620 de la misma ley de Enjuiciamiento, que de una manera taxativa dispone que para el efecto del retracto sólo se tendrá por maliciosa la ocultación de la venta cuando ese se hubiese inscrito oportunamente en el Registro de la propiedad, en cuyo caso y sólo en él se contara el término desde la presentación de la escritura de venta en el Registro; y por último la doctrina constantemente establecida por este Tribunal Supremo de que las leyes relativas al retracto gentilicio como restrictivas del derecho de propiedad y de su libre ejercicio no deben ampliarse sino restringirse; en el concepto de que se dé lugar al retracto en la sentencia recurrida, no obstante que suponiéndose perfeccionada y consumada la compra venta en 29 de Diciembre de 1881, no se interpuso la demanda hasta el 12 de Enero siguiente, ó sea 14 días después, no se ocultó el contrato ni menos pudo ocultarse con malicia, resultando sobre este punto precisamente lo contrario de lo que se supone, y á pesar también de ser restrictiva la interpretación del retracto gentilicio;

Y 6° La ley 4ª, tít. 5°, Partida 5ª, y el art. 2011 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil, que exigen la licencia judicial para vender bienes de menores, y el principio de que lo hecho contra derecho es como si no se hiciera, puesto que las fincas cuya venta se intentó en 29 de Diciembre estaban y están pro indiviso, pertenece una parte de ellas á D. Pedro Gauna, menor de edad, y no tiene discernido el cargo de curador D. Juan Gauna, no obstante lo cual la enajenó éste en su totalidad y en un solo acto, y por un solo precio, sin licencia ni conocimiento judicial, y sin las demás solemnidades exigidas por la ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia no infringe las leyes incoadas en el primer motivo, porque las partes no convinieron en que la venta quedare en proyecto, sino que, por el contrario, la realizaron desde luego con la entrega de la cosa y precio, sin perjuicio formalizar mas adelante aquel documento, y porque la Sala sentenciadora apreció, en uso de sus facultades, que el papel privado de 3 de Enero contiene una declaración simulada, sin que contra esta apreciación se haya expuesto infracción de ninguna clase:

Considerando que no infringe las disposiciones citadas en los motivos 2° y 5°, porque la escritura pública no es necesaria para la existencia del contrato, y porque si la ley de Enjuiciamiento civil establece que se compute el término desde el otorgamiento de aquélla salvo el caso de ocultarse maliciosamente la convención, se sigue necesariamente que cuando se trata de un papel privado y clandestino pueden los Tribunales apreciar con mayor facilidad que el retrayente no ha te-

nido conocimiento de ello hasta después de los nueve días, como sucede en el caso actual, sin que contra esa apreciación se haya alegado tampoco infracción de ninguna clase:

Considerando que no infringe las leyes mencionadas en los motivos 3° y 4° porque se hace supuesto de la cuestión al negar la realidad de la cuenta, y porque el retracto no podía extenderse á la parte que correspondía á un pariente de quinto grado:

Considerando, por último, que no infringe las disposicione sexpresadas en el sexto motivo, porque no se ha pretendido el retracto de la cuarta parte perteneciente á un menor de edad, á cuya venta se atribuyen faltas de solemnidad;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Víctor Velandia y Arberas, á quien condenamos al pago de las costas y perdida del depósito de 375 pesetas, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 11 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Diciembre del mismo año.)

285

Recurso de casacion (16 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.* —Defensa por pobre.—No se admite el interpuesto por D. Emilio Corral con Doña Vicenta Serrano y el Ministerio fiscal (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que según lo dispuesto en los artículos* 1689 *y* 1690 *de la ley de Enjuiciamiento civil, se da el recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias; y que tienen este concepto además de las que terminan el juicio, las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan termino al pleito, haciendo imposible su continuación;*

Y 2° Que no tiene carácter de definitiva, ni pone término al pleito, la sentencia que declara pobre á la parte actora, antes bien facilita la continuación del mismo.

Resultando que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 14 de Junio último, confirmatoria, con las costas, de la del Juez de primera instancia de Getafe, otorgando á Doña Vicenta Serrano y Puñonosa el beneficio de pobreza para litigar con D. Emilio Corral y Martín;

Y resultando que por éste se ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por infracción de ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que según lo dispuesto en los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, se dá el recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, y que tienen este concepto, además de las que terminan el juicio, las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que la sentencia recurrida no tiene el carácter de de-

finitiva, ni pone término al pleito, puesto que al declarar pobre á la parte actora, más bien facilita la continuación del mismo;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Emilio Corral, á quien se condena en las costas: publíquese este auto en la forma prevenida en la ley; y comuníquese á la Audiencia de esta corte, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 16 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Noviembre del mismo año.)

286

Recurso de casación (17 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —Pago de cantidad.—No ha lugar al interpuesto por Doña Isabel Hernández Sánchez con D. Antonio Luengo (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

1° *Que es doctrina legal admitida por la jurisprudencia, que cuando el heredero no hace inventario está obligado á satisfacer hasta con sus propios bienes las deudas y legados que dejó el testador, sin que le exima de esta obligación el mero hecho de aceptar la herencia, acogiéndose á aquel beneficio si no practica dicha diligencia en el término y forma solemne que determina la ley* 5ª, *tít.* 6° *de la Partida* 6ª:

2° *Que la sentencia que aplica esta doctrina no infringe la citada ley, ni la* 7ª *y* 9ª *del mismo título y Partida, si resulta que la heredera condenada al pago no formalizó el inventario de los bienes en que sucedía ó debía suceder según prescribe la primera de dichas leyes y presuponen las otras dos:*

3° *Que tampoco infringe el principio de derecho según el cual nadie es responsable de no ejecutar lo imposible, porque no fué imposible á la recurrente hacer constar esa misma falta de bienes que hoy alega en el tiempo y forma especial que previene la ley antes mencionada;*

Y 4° *Que son inaplicables, y por lo tanto no han podido infringirse, las leyes* 1ª *y* 2ª, *tít.* 14, *Partida* 3ª, *la* 14, *tít.* 18, *y la* 11, *tít.* 4° *de la misma Partida, si la sentencia impugnada no afirma ni establece que el causante de dicha heredera dejase bienes á su muerte.*

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Trujillo y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres por D. Antonio Luengo y Manzano, propietario, con Doña Isabel Hernández Sánchez, propietaria, vecinos ambos de Trujillo, sobre pago de cantidad, pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. J. López Puigcerver y el Procurador D. Joaquín Díaz Pérez en defensa y representación de la demandada; habiendo sido defendido y representado en este recurso el demandante por el Doctor D. Vicente Hernández de la Rúa y el Procurador D. Luis García Ortega:

Resultando que en 9 de Agosto de 1881 dedujo D. Antonio Luengo Manzano la demanda que ha dado origen al presente pleito, con la solicitud de que, en uso de la acción personal que ejercitaba, se condenase en definitiva á Doña Isabel Hernández Sánchez á pagarle la cantidad de 11.400 rs., con los réditos legales del 6 por 100 que hubiesen

devengado las distintas sumas que componían aquélla desde las diferentes épocas en que habían sido satisfechas, alegando al efecto que D. Ricardo Orellana, que había estado casado con la demandada Doña Isabel, otorgó un pagaré en 1º de Julio de 1873 por la cantidad de 6.000 rs. á favor de D. Francisco Elías Nogales, obligándose á su pago á voluntad del acreedor con el interés de 1 y cuartillo por 100 mensual, pagaré que garantizó el demandante como fiador y principal pagador del capital é intereses; que no habiendo satisfecho Orellana los intereses correspondientes á dicho capital prestado, pagó el demandante por su carácter de fiador 900 rs. en 20 de Junio de 1874, otros 900 en 3 de Agosto de 1875, otros tantos en 10 de Junio de 1876 y 2.700 en 15 de Julio de 1879, en cuya última fecha pagó además, en el mismo concepto de fiador, 600 rs. que Orellana adeudaba á D. Francisco Elías, así como el capital del susodicho pagaré; que por fallecimiento de Orellana había sucedido en todos sus bienes, derechos y acciones, como única y universal heredera, su mujer Doña Isabel Hernández, la cual, si bien había aceptado la herencia á beneficio de inventario, no constaba que hubiese empezado á formarlo ante Escribano en los 30 primeros días desde la muerte de su marido, y que lo hubiese concluído dentro de los tres meses, por cuya razón y porque los bienes de Orellana no eran suficientes á pagar el crédito del demandante, debía obligarse á su viuda y heredera Doña Isabel á satisfacerlo, y que no se le había entregado cantidad alguna á cuenta de dicho crédito ni por Orellana ni por su viuda:

Resultando que en contestación á esta demanda, de la que pidió Doña Isabel Hernández que se le absolviera con imposición de costas al actor, se alegó, en cuanto hace relación á los motivos en que se funda el recurso de casación, que en efecto fué instituida heredera por su difunto marido, que falleció en estado de demencia en el manicomio de Valladolid el día 21 de Julio de 1879; que no rechazó dicha institución, pero que presentó oportunamente un escrito á aquel Juzgado de primera instancia de Trujillo, manifestando que aceptaba la indicada herencia á beneficio de inventario; que por esta razón no se encontraba obligada al pago de los créditos que resultasen contra los bienes de su difunto marido sino hasta donde alcanzase el importe de éstos, en el orden y con la prelación establecida en la ley 5ª, tít. 6º, Partida 6ª; y que hallándose prescrito en el art. 38 de la ley de Enjuiciamiento civil la clase de juicio que el acreedor del que fallece puede intentar, era notoriamente improcedente la demanda deducida por Luengo, porque á su alcance y arbitrio estaba provocar el universal de testamentaría, ó atenerse á lo que resultase de la descripción de bienes y división extrajudicial que practicase la heredera:

Resultando que en la réplica adicionó el actor que si bien reconocía que Doña Isabel Hernández aceptó la herencia á beneficio de inventario, afirmaba en cambio que no había cumplido con los requisitos que la ley exige para que dicho beneficio surta sus efectos legales; y la demandada duplicó diciendo que en el expediente instruído sobre nombramiento de curador ejemplar á Orellana se acreditó que éste carecía de toda clase de bienes y rentas; y que no solamente no se habían obtenido ganancias durante su matrimonio con Orellana, sino que sus bienes privativos, únicos aportados á la sociedad conyugal, habían sufrido notable disminución:

Resultando que recibido el pleito á prueba, hizo uso el demandante

de la testifical con objeto de demostrar, entre otros extremos, que Don Ricardo Orellana, por herencia de su madre y abuela y otros conceptos, aportó á su matrimonio con Doña Isabel 160.000 reales en metálico y diferentes muebles, ropas, alhajas, un coche, caballos y efectos de no escaso valor, de los que se conservaban aun algunos en casa de su viuda, y se unió á los autos á su instancia copia de un testamento que otorgaron D. Ricardo Orellana y su mujer Doña Isabel en 21 de Noviembre de 1871, en el que la segunda confesó que su marido había aportado al matrimonio 160.000 reales que se invirtieron en pagar sus ropas y algunos créditos; la mitad de la casa núm. 38 de la Plaza de Trujillo y otras varias fincas rústicas y urbanas que se detallan:

Resultando que por parte de la demandada se trajeron á los autos como medio de prueba, entre otros documentos, una copia de un escrito presentado al Juzgado de Trujillo con fecha 20 de Julio de 1880, autorizando con su firma y con la de su Abogado y Procurador, haciendo presente que aceptaba la herencia de su difunto marido Orellana á beneficio de inventario, después de haber dejado indicado en el cuerpo del escrito que en rigor la herencia de que se trataba era meramente nominal, conforme resultaba del inventario formado al hacerse cargo D. José Pascual Grediaga de los bienes de la exponente curador de la misma durante su menor edad, y del de devolución de los mismos al terminar su cargo, pues de ambos aparecía que no había habido ni había existencias suficientes para cubrir el capital aportado por ella á su matrimonio; y un testimonio de varios particulares del expediente instruído en el mismo Juzgado de Trujillo sobre nombramiento de curador *ad bona* á la menor Doña Isabel Hernández, del que resulta que en 26 de Noviembre de 1876 dictó auto el Juez en dicho expediente, por el que considerando que sólo se trataba de la menor Doña Isabel, la que por su carácter de tal no podía representar legalmente ni hacer ostentación con personalidad propia de los derechos de la sociedad conyugal ni aun de los privativos suyos, que este estado de minoridad y la incapacidad de su marido declarada en un expediente la constituían en la necesidad de que se le proveyera de un curador *ad bona*, siendo preciso antes de discernir el cargo al nombrado, el determinar si ha de entender su desempeño fruto por pensión, ó si ha de señalar en otro caso lo que la menor debe consumir en alimentos y el tanto por 100 que ha de abonarse por la administración al curador; que los bienes aportados al matrimonio por ambos cónyuges han de soportar las cargas del mismo, y que no teniendo bienes algunos el marido incapacitado de la menor Doña Isabél Hernández, han de sufragarse con los de ésta los alimentos y necesidades de ambos; y atendida además la cuantía de los mismos y la costumbre del país respecto al premio de administración, señaló 9.000 pesetas anuales para alimentos y demás necesidades ordinarias de la susodicha menor, habida consideración á que con dicha suma había de atenderse también á los de su incapacitado marido D. Ricardo Orellana, y el 8 por 100 de administración al curador nombrado, á quien se discernía en forma el cargo; y mandó que se hiciese constar por el actuario, con referencia al expediente de curatela ejemplar de D. Ricardo Orellana, su carencia absoluta de bienes:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres dictó sentencia, revocatoria en 18 de Diciembre próximo pasado, condenando á Doña Isabel Hernández Sánchez á que, como heredera de su finado marido D. Ricardo Orellana, pague y satisfaga en el término de 10

días á D. Antonio Luengo y Manzano la cantidad de 11.400 rs. con los intereses correspondientes al 6 por 100 anual desde la interposición de la demanda:

Resultando que contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por Doña Isabel Hernández, fundado en los siguientes motivos:

1º En haber sido infringidas las leyes 5ª, 7ª y 9ª, tít. 6º, Partida 6ª, que en el caso de aceptarse la herencia á beneficio de inventario, limitan la obligación del heredero respecto al pago de las deudas del difunto al importe de los bienes inventariados, y determinan la responsabilidad del heredero en el caso de aparecer bienes que no se hubiesen inventariado, en el concepto de que declara la sentencia que la recurrente está obligada á pagar las deudas de su marido, no obstante que aceptó la herencia á beneficio de inventario por si en lo sucesivo aparecía algún derecho ó bien correspondiente á su citado esposo, pues entonces no aparecían bienes algunos, por cuya razón no se formó el inventario:

2º En haber sido también infringido el principio de derecho confirmado por la ley 27, tít. 11, Partida 3ª, según el cual nadie es responsable de no ejecutar lo imposible, porque la imposibilidad excusa de culpa en el hecho de declarar la sentencia que la recurrente es responsable de las deudas de su difunto marido por no haber practicado inventario de los bienes relictos, no obstante que, no existiendo bienes, como se deja dicho, era imposible practicarlo;

Y 3º Para el caso de que se entienda que la sentencia declara probada la existencia de bienes en que con tal declaración resultan infringidas las leyes 1ª y 2ª, tít. 14, Partida 3ª, que establecen que el que niega no tiene obligación de probar; la 14, tít. 18, Partida 3ª, que determina la fuerza probatoria de los documentos públicos, y la 11, título 4º, Partida 3ª, que impone al Juez la obligación de fallar según lo probado:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que es doctrina legal admitida por la jurisprudencia, que cuando el heredero no hace inventario está obligado á satisfacer hasta con sus propios bienes las deudas y legados que dejó el testador, sin que le exima de esta obligación el mero hecho de aceptar la herencia, acogiéndose á aquel beneficio si no practica dicha diligencia en el término y forma solemne que determina la ley 5ª, tít. 6º de la Partida 6ª:

Considerando que aplicada esta doctrina al caso presente, aparece fuera de toda duda que al condenar la sentencia recurrida á Doña Isabel Hernández Sánchez á que, como heredera de su difunto esposo Don Ricardo Orellana, pague á D. Antonio Luengo la cantidad que éste le reclama, con los intereses correspondientes desde la interposición de la demanda, no infringe la citada ley, ni la 7ª y 9ª del mismo título y Partida, de que también se hace mérito en el primer fundamento del recurso, puesto que la referida heredera no formalizó el inventario de los bienes en que sucedía ó debía suceder según prescribe la primera de dichas leyes y presuponen las otras dos que se citan:

Considerando que tampoco infringe el fallo recurrido el principio de derecho invocado en el segundo motivo, porque no fué posible á la recurrente hacer constar esa misma falta de bienes que hoy alega en el tiempo y forma especial que previene la ley antes mencionada:

Considerando, por último, que son inaplicables, y por lo tanto no

han podido infringirse, las leyes que se invocan en el tercer motivo, por cuanto la sentencia impugnada no afirma ni establece que D. Ricardo Orellana dejase bienes á su muerte;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Isabel Hernández Sánchez, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Cáceres la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Diciembre del mismo año.)

287

Recurso de casación (17 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera*.—MEJOR DERECHO Á LOS BIENES DE UNA CAPELLANÍA.—No ha lugar al interpuesto por el Ministerio fiscal con D. Vicente de Castroviejo (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1° *Que la sentencia no infringe el art.* 2° *de la ley de* 10 *de Enero de* 1877 *ni el art.* 1692 *en su caso* 3° *de la ley de Enjuiciamiento civil, si no resulta que se haya reclamado la nulidad, y porque cuando existe la falta de citación para el juicio á que equivale la omisión de la consulta prevenida por dicha ley, no procede interponer un recurso por infracción de ley, sino el correspondiente de forma:*

2° *Que no puede atribuirse al fallo la infracción de las Reales órdenes de* 9 *de Febrero de* 1842, 17 *de Enero de* 1847, 25 *de Enero de* 1849, 20 *de Setiembre de* 1852, *en su art.* 1°, *art.* 15 *de la ley de Contabilidad de* 25 *de Junio de* 1870 *y Real decreto de* 12 *de Agosto de* 1871, *si la cuestión relativa á la necesidad de expediente gubernativo previo no estuvo sometida al juicio de la misma, sino que por primera vez se ha suscitado en el Tribunal Supremo;*

Y 3° *Que tampoco infringe la sentencia la disposición* 6ª, *art.* 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil, si no se cita á la vez ni puede citarse ley quebrantada por abuso, exceso ó defecto en el ejercicio de la jurisdicción.*

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Santo Domingo de la Calzada y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. Vicente Castroviejo Santamaría, y por su defunción, por sus hijos y herederos, D. Calixto Castroviejo Grijalva, vecino de Belorado, y Doña María Castroviejo Grijalva, consorte de D. Lorenzo Villanueva Sáez, vecinos de Tormantos, con D. Máximo González Cura, como marido de Doña Severiana Gómez Entrena, D. Fernando Entrena y Urrutia, D. Hilario, D. Bonifacio y D. Lucas Gómez Entrena, D. Francisco Entrena Urrutia y D. Evaristo González Palacios como marido de Doña Magdalena Gómez Entrena, labradores, vecinos todos de Bañares, y D. Tomás Oyarza Salos, tejedor, como marido de Doña Magdalena Gómez Entrena, vecinos de Santo Domingo de la Calzada, y con el Ministerio fiscal, en representación del Estado, sobre mejor derecho á los bienes de una capellanía colativa y adjudicación de los mismos; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley inter-

puesto por el Ministerio fiscal, no habiendo comparecido ninguno de los recurridos:

Resultando que en 7 de Julio de 1879 acudió D. Vicente Castroviejo Santamaría al Juzgado de primera instancia de Santo Domingo de la Calzada denunciando los bienes constitutivos de la dotación de una capellanía colativa familiar fundada en la villa de Hervias por el Licenciado D. Bartolomé Jiménez García en 29 de Julio de 1676, y pidiendo que se convocase por edictos á los que se creyeran con derecho á dichos bienes:

Resultando que hechos los llamamientos correspondientes, se personaron diferentes opositores alegando su preferente derecho, y en 15 de Noviembre del mismo año 1879 dedujo demanda D. Vicente Castroviejo, con la solicitud de que se reconociese y declarase en definitiva su preferente derecho á los bienes de la capellanía susodicha con relación á los demás opositores presentados, invocando para ello los artículos 1° y 2° de la ley de 19 de Agosto de 1841, y que los bienes de la fundación no habían sido pedidos ni entregados á otro derecho habiente, ni sobre su propiedad se había reclamado nada con anterioridad al 28 de Noviembre de 1856:

Resultando que contestada la demanda por los demás opositores, se entregaron los autos al Promotor fiscal, el cual se abstuvo de formular dictamen hasta que se practicasen las pruebas, haciendo después igual declaración al evacuar el trámite de dúplica; y practicadas en efecto pruebas por los diferentes opositores, y evacuados por sus respectivos alegatos, se volvieron á entregar los autos al Promotor fiscal, que los devolvió manifestando que de la prueba practicada pendía el fallo que había de dictarse, y que nada tenía que oponer:

Resultando que en su vista dictó sentencia el Juez de primera instancia en 13 de Diciembre de 1881, de la que apeló el Promotor fiscal; y admitida la apelación en ambos efectos, se remitieron los autos á la Audiencia del territorio, y sustanciada la alzada dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos en 3 de Julio de 1882 declarando que D. Vicente Castroviejo, y por su defunción sus hijos Doña María Petra y D. Calixto, así como D. Francisco y D. Fernando Entrena y Urrutia, Doña Severiana, Doña Magdalena, D. Hilario, D. Bonifacio y D. Lucas Gómez y Entrena y D. Silverio Lafuente y Entrena tienen derecho por iguales partes para hacer la conmutación prevenida respecto á la capellanía colativa familiar ó de sangre fundada en la iglesia parroquial de Hervias por el Licenciado Bartolomé Jiménez García, y mandando que á fin de que puedan hacerlo constar ante el Provisor ordinario correspondiente á los efectos de la conmutación indicada que tendrá lugar en la forma procedente y demás que sea consiguiente, se les proveyera de un testimonio literal de esta sentencia y de la de primera instancia:

Resultando que el Ministerio fiscal interpuso recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1° El art. 2° de la ley de 10 de Enero de 1877, que declara nulas las sentencias que recaigan cuando el Ministerio fiscal no haya solicitado ni recibido las oportunas instrucciones á consecuencia de la consulta que debe elevar á la Dirección de lo contencioso con arreglo al art. 2° del decreto-ley de 9 de Julio de 1869, en el concepto de que el Promotor fiscal no cumplió con aquel requisito no obstante haber sido parte en el pleito desde un principio; y porque habiéndolo verificado el Fiscal de

la Audiencia no han sido atendidas ni aun resueltas por la sentencia recurrida las pretensiones de nulidad que fundado en el artículo citado dedujo ante la Sala sentenciadora:

2° Las Reales órdenes de 9 de Febrero de 1842, 17 de Enero de 1847, 25 de Enero de 1849, 20 de Setiembre de 1852, en su art. 1°, art. 15 de la ley de Contabilidad de 25 de Junio de 1870 y Real decreto de 12 de Agosto de 1871, porque siendo el derecho de los parientes del fundador de la capellanía de que se trata para hacer la conmutación una excepción de lo dispuesto en las leyes desamortizadoras de 1° de Mayo de 1855 y 11 de Julio de 1856, ha debido declararse previamente que los bienes de la fundación están exceptuados de la incautación y venta por el Estado que determinan las indicadas leyes desamortizadoras:

3° El art. 1692 en su caso 3° de la ley de Enjuiciamiento civil, porque la sentencia no hace declaración alguna sobre las pretensiones de nulidad deducidas en la segunda instancia por la representación del Estado;

Y 4° El mismo artículo citado en el anterior motivo, en su núm. 6°, porque en vez de limitarse la sentencia á declarar el preferente derecho de los parientes para el caso de que la Administración del Estado declare los bienes exceptuados de la desamortización, lo ha hecho para verificar la conmutación:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe las leyes invocadas en los motivos 1° y 3°, porque no resulta que se haya reclamado la nulidad, y porque cuando existe la falta de citación para el juicio á que equivale la omisión de la consulta prevenida por la ley de 10 de Enero de 1877, no procede interponer un recurso de esta clase sino el correspondiente de forma:

Considerando que no pueden atribuirse al fallo de la Sala sentenciadora las infracciones mencionadas en el segundo motivo, porque la cuestión relativa á la necesidad de expediente gubernativo previo no estuvo sometida al juicio de la misma, sino que por primera vez se ha suscitado en este Tribunal Supremo:

Considerando, por último, que la sentencia no infringe la disposición 6ª, art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque no se cita á la vez ni puede citarse ley quebrantada por abuso, exceso ó defecto en el ejercicio de la jurisdicción;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio fiscal; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 17 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Diciembre del mismo año.)

288

Recurso de casación (17 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de cantidad y rendición de cuentas.—No ha lugar al interpuesto por D. Manuel Martínez Martín con D. José Crucet y Vidal (Audiencia de Granada), y se resuelve:

1° *Que si el demandado no desconoce las obligaciones contraídas por*

la escritura social, sino que se opone sólo á satisfacer la cuenta que le reclama el Gerente de la Sociedad, mientras no presente los comprobantes de sus diferentes partidas y le admita las sumas que le tiene abonadas; al declararlo así la Sala sentenciadora no infringe la ley del contrato, el que subsiste en toda su fuerza y vigor, aunque sujetas las cuentas relativas al mismo á las condiciones naturales y ordinarias de comprobación;

Y 2º Que cualesquiera que sean los términos en que se formule la parte dispositiva de la sentencia, no ofrece verdadera incongruencia con lo solicitado por las partes, ni infracción por lo tanto de las leyes 20 y 21, tít. 14, Partida 5ª, y doctrina establecida por el Tribunal Supremo de conformidad con ellas, porque si bien absuelve de la demanda, no es en absoluto, sino imponiendo al actor la obligación de presentar los comprobantes de su cuenta y la de admitir las cantidades que le resulten abonadas por el demandado, que es precisamente la solicitud de éste en sus excepciones y extremos, ambos realizables en el período de ejecución de la sentencia.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Alameda de Málaga y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por Don Manuel Ramírez Martín, vecino de Málaga, dependiente de comercio, con D. José Crucet y Vidal, vecino y del comercio del mismo punto, sobre pago de cantidad y rendición de cuentas, pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Doctor D. José Carvajal y el Procurador D. Juan Antonio Asensio, en defensa y representación del demandante; habiendo sido defendida y representada en este recurso la parte demandada por el Licenciado D. José María Ordóñez y el Procurador D. Manuel Martín Veña:

Resultando que entre D. Manuel Ramírez Martín, D. Miguel Crucet y Vidal y D. Tomás Vidal y Cordero, en el concepto de apoderado de D. José Joaquín Arrieta y de D. Angel Calderón, se otorgó escritura pública en la ciudad de Málaga en 11 de Febrero de 1874, en la que convinieron en formar una Sociedad minera para la explotación de una mina de hierro magnético llamada *La Submarina*, compuesta de 24 pertenencias, situada en el término municipal de la ciudad de Marbella, de la que se había expedido el correspondiente título á nombre de Ramírez Martín en 12 de Junio de 1872, estableciendo al efecto que la Sociedad que se constituía con arreglo á las prescripciones legales se compondría de 200 acciones, pertenecientes 80 á Arrieta, 30 á Calderón, 50 á Crucet y 40 á Ramírez; que su objeto sería el de explotar, fundir y vender los minerales ó arrendar su explotación, contribuyendo los cuatro socios á los gastos en proporción á la participación que cada uno tenía; que Ramírez Martín quedaba autorizado para llevar la firma como Gerente de la Sociedad con facultad de arrendar la mina para su explotación, y además para que como tal Gerente representase á la Sociedad en juicio y fuera de él, llevando la oportuna cuenta y razón de todo, que presentaría por trimestres ó semestres, y para girar dividendos pasivos contra los socios si fuere preciso; aparte de otras bases sin importancia en este pleito:

Resultando que en acta notarial levantada á los efectos legales correspondientes en 9 de Abril del mismo año, se hizo constar que desde aquel día quedaba constituída la Sociedad *La Submarina*, de la que

era Gerente D. Manuel Ramírez Martín; y en la *Gaceta* de 5 de Julio fueron insertadas la escritura y acta referidas:

Resultando que D. Manuel Ramírez formuló una cuenta de las cantidades que había suplido para atender á los gastos de la Sociedad desde la fecha del registro de la mina hasta el 30 de Junio de 1879, ascendentes á 13.087 rs. 72 cénts.; con la cual manifestaron estar conformes, expresándolo así con su firma D. Joaquín de Arrieta y D. Angel Calderón:

Resultando que con tales antecedentes dedujo D. Manuel Ramírez Martín en 3 de Mayo de 1880 la demanda que ha dado origen á este pleito, con la solicitud de que se condenase en definitiva á D. José Crucet y Durán á pagarle 831 pesetas y 23 céntimos que adeudaba á la Sociedad minera *La Submarina*, con los intereses legales desde que había incurrido en mora y con las costas, alegando al efecto que, constituída definitivamente la Sociedad, quedó encargado el demandante de su administración como Gerente, y atendió á todas sus obligaciones, entre ellas á la de rendir cuentas, que dirigió á Arrieta y Calderón por ser los mayores accionistas, con sus correspondientes comprobantes, los cuales le devolvieron el duplicado que acompañaba con su conformidad: que con posterioridad á dicha cuenta, de la que resultaba un alcance á su favor de 3.271 pesetas y 93 céntimos, había pagado al comisionado de apremio por recargo de los derechos de superficie atrasados 53 pesetas, conforme resultaba justificado del oficio y recibo que también presentaba: que ascendiendo por tanto á 3.324 pesetas 93 céntimos las que tenía abonadas por cuenta de la Sociedad, se hallaba Don José Crucet en la obligación de abonar por sus 50 acciones 831 pesetas 23 céntimos: que en el acto de conciliación, al que no había acudido el demandado, reclamó también la contribución correspondiente á los dos primeros trimestres de aquel año; pero que no habiéndola aun pagado aunque estaba vencida, se reservaba reclamar su importe cuando la satisficiese; y que el demandado Crucet contrajo en la escritura social la obligación ineludible de pagar con arreglo al número de sus acciones los gastos de la mina, cuya obligación le imponía también el artículo 21 de la ley de Sociedades mineras de 6 de Julio de 1859:

Resultando que D. José Crucet se opuso á la demanda pidiendo que se le absolviese de ella y se condenase al demandante á presentar los comprobantes de las diferentes partidas de su cuenta y á admitir en la misma las sumas que resultasen abonadas, alegando al efecto que nunca había desconocido las obligaciones que sobre él pesaban, pero que al mismo tiempo había siempre exigido la justificación de las sumas que se le reclamaban, por lo que no había aprobado ni impugnado la cuenta de gastos formulada por el demandante, limitándose siempre á exigir los justificantes y á obtener la baja de una cantidad que por su cuenta le tenía abonada D. Tomás Vidal y Cordero: que no podía allanarse á pagar la suma que se le demandaba sin que precedieran las formalidades de presentar los comprobantes y de practicar una liquidación, tanto más, cuanto que acerca de muchas de las partidas que figuraban en la cuenta tenía que hacer objeciones y pedir explicaciones, que así, por ejemplo, y sin que se entendiera que prestaba su conformidad á las demás partidas, citaba la de 1.877 reales suplidos para viajes á Marbella y demás, según cuenta remitida á Arrieta, con relación á la cual ni se presentaron comprobantes ni se detallaba su inversión, no comprendiendo por otra parte la razón de no haberle sido re-

mitida dicha cuenta, como lo había sido á Arrieta: que según el art. 1º de la misma ley de 6 de Julio de 1859, invocada por el demandante, las Sociedades mineras se rigen por las prescripciones del Código de Comercio, conforme al cual en su art. 310 se hallaba el demandante en la obligación de presentar los justificantes de sus cuentas: que asimismo en consonancia con lo dispuesto en la ley 3ª, tít. 14, Partida 5ª, y en la 21 del mismo título y Partida, se hallaba Ramírez Martín en la obligación de admitir en cuenta las cantidades entregadas por D. Tomás Vidal por encargo del demandado; y que, por último, Ramírez Martín se había obligado en la escritura social á rendir cuenta por trimestres ó semestres, lo cual no había efectuado; por cuya razón no podía exigir cantidad alguna hasta tanto que hubiese llenado aquellas formalidades:

Resultando que el actor replicó que ni por ley ni por el contrato de Sociedad se hallaba obligado á rendir cuenta justificada de la inversión de cantidades que no había recibido de los socios; y que cuando cada uno hubiese satisfecho lo que le correspondía en los gastos, se celebraría junta general y tendrían derecho los socios á examinar el inventario y balance de la Sociedad con sus comprobantes; y el demandado añadió en la dúplica que la demanda no se había dirigido á obtener el pago de ningún dividendo pasivo, sino el reintegro de desembolsos hechos por el demandante para sufragar gastos de la Sociedad:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia revocatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada en 8 de Enero próximo pasado absolviendo á D. José Crucet y Vidal de la demanda interpuesta por D. Manuel Ramírez Martín, y condenando á éste á que presente con sus cuentas de Gerente de la Sociedad minera *La Submarina* los justificantes que la comprueben y á que admita en cuenta las cantidades que como consocio resulten abonadas por D. José Crucet:

Resultando que D. Manuel Ramírez Martín interpuso recurso de casación, fudado en los siguientes motivos:

1º En haber sido infringida la ley del contrato, y la 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, así como la sentencia de 25 de Octubre de 1878, que declara que cuando resulta acreditada la existencia de un contrato, y son claras y precisas las condiciones estipuladas en el mismo, deben cumplirla los otorgantes, á tenor de su literal contexto, en los términos en que se halle redactado, sin hacerlo extensivo á cosas y casos que expresamente no se hayan determinado, y sin recurrir á interpretaciones que sólo autoriza la ley cuando la oscuridad y la duda las hace necesarias para estimar una justa resolución, porque el contrato de autos determina y manda que el recurrente gire dividendos pasivos para obtener los fondos necesarios con los cuales ha de sufragar los gastos de la Sociedad, y no obstante esto exime la sentencia recurrida de esta obligación á D. José Crucet y Vidal, uno de los contratantes:

2º En haber sido interpretadas erróneamente en la sentencia recurrida las cláusulas del contrato al no considerar al recurrente sino como un mero cuentadante y al confundir las dos condiciones distintas del contrato, ó sea la de girar dividendos pasivos y la de presentar en determinados casos las cuentas y justificantes relativos á la inversión de dichos dividendos:

3º En haber sido indebidamente aplicados en la sentencia recurrida

los artículos 310 del Código de Comercio y 21 de la ley sobre Sociedades mineras de 6 de Julio de 1859, porque la parte esencial del primer artículo nada tiene que ver con la cuestión ventilada en este pleito, puesto que nadie ha negado el examen de comprobantes, ni existen balances, ni de esto se trata, y su segunda parte, relativa á las Sociedades subdivididas en acciones, dice que los socios se atendrán, en punto á la comprobación, á lo que en sus pactos hayan resuelto, y precisamente esto es lo que el recurrente pide y viene pidiendo durante todo el pleito, además de que basta la simple lectura para resolver y declarar que dicho artículo se refiere á las Sociedades mercantiles y no á las mineras, y porque el segundo artículo es sólo aplicable, como los demás de la ley á que pertenece, á las asociaciones que se hayan establecido conforme á dicha legislación, lo cual no resulta del contrato de 11 de Febrero de 1874;

Y 4° En que la sentencia recurrida no es congruente en cuanto condena al recurrente á admitir en cuenta ciertas cantidades que Crucet acredite, porque éste no ha formulado tal petición, y porque cuando se cursan dentro de un pleito reconvenciones ó se emiten peticiones, deben versar sobre cantidad cierta ó líquida, en consonancia con lo que determinan las leyes 20 y 21, tít. 14, Partida 5ª, y la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que sin desconocer el demandado Crucet las obligaciones contraídas por la escritura social de 11 de Febrero de 1874, se opone sólo á satisfacer la cuenta que le reclama el Gerente de la Sociedad *Ramírez Martín* mientras no presente los comprobantes de sus diferentes partidas y la admita las sumas que le tiene abonadas, y que al declararlo así la Sala sentenciadora no infringe, cual se supone en el primer motivo del recurso, la ley del contrato, el que subsiste en toda su fuerza y vigor, aunque sujetas las cuentas relativas al mismo á las condiciones naturales y ordinarias de comprobación:

Considerando en igual sentido que dichas cuentas no determinan la reclamación de un dividendo social pasivo debidamente autorizado é indiscutible, como se las considera en el segundo y tercer motivo del recurso, sino que contienen partidas de gastos suplidos por el Gerente en favor de la Sociedad, que requieren justificación adecuada para legitimar su abono:

Considerando, en orden al cuarto y último motivo, que cualesquiera que sean los términos en que se formula la parte dispositiva de la sentencia, no ofrece verdadera incongruencia con lo solicitado por las partes, ni infracción por lo tanto de las leyes y doctrina que se citan, porque si bien absuelve de la demanda, no es en absoluto, sino imponiendo al actor la obligación de presentar los comprobantes de su cuenta y la de admitir las cantidades que le resulten abonadas por el demandado, que es precisamente la solicitud de éste en sus excepciones y extremos, ambos realizables en el período de ejecución de la sentencia;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Manuel Ramírez Martín, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Granada la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Diciembre del mismo año.)

289

Competencia (19 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—RENDICIÓN DE CUENTAS.—Se decide á favor del Juez de primera instancia de Fuente Ovejuna la suscitada con el de igual clase de Mérida sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Eugenio Romero contra D. Gaspar Núñez, y se resuelve:

1° *Que según dispone el art.* 63 *de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm.* 2°, *es Juez competente para conocer de las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos el del lugar donde deban presentarse; y no estando determinado, el del domicilio del poderdante ó dueño de los bienes ó el lugar donde se desempeñe la administración, á elección de dicho dueño;*

Y 2° *Que si se trata de rendir cuentas de la administración de unas minas que son de la propiedad de varios, entre ellos el demandado, y no está determinado el lugar en que deban darse por la administración; por su propia naturaleza tiene que ejercitarse en el lugar en que aquéllas radican, sin que pueda tomarse en cuenta la razón que alega el demandado de que hizo cesión de las partes de las minas, reservándose la administración, porque aceptando esta condición, se le dió el cargo de administrar lo que no erà suyo, ni la de haber liquidado cuentas en otro punto, porque una cosa es hacerlo espontáneamente, y otra el derecho que obliga.*

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Octubre de 1883, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juez de primera instancia de Mérida al de igual clase de la villa de Fuente Ovejuna sobre conocimiento de la demanda entablada ante éste por D. Eugenio Romero y Cabezas contra D. Gaspar Núñez y Castilla sobre rendición de cuentas de la administración de dos minas:

Resultando que D. Gaspar Núñez y Castilla, vecino de Mérida, otorgó escritura en dicha ciudad á 28 de Mayo de 1875 en la que declaró la participación que en las minas de plomo tituladas *La Abundancia* y *La Rosa*, sitas en Navalespino, término de la villa de Fuente Ovejuna, correspondía á cada una de las personas que nombró, entre ellas á Don Antonio Torres y Torres, vecino de Blázquez, reservándose hacer por sí el beneficio, aprovechamiento y administración en la forma que creyera más aceptable para todos y á calidad de dar á sus copartícipes toda clase de satisfacción respecto á la pureza con que procediera y entregar á cada uno la participación que en los beneficios les correspondiera, así como exigirles los gastos é impensas que se hicieran necesarias en la misma proporción:

Resultando que por escritura de 13 de Diciembre de 1882 D. Antonio Torres y Torres vendió á D. Eugenio Romero y Cabezas la décimatercera parte que le correspondía de las minas *La Abundancia* y *La Rosa* en precio de 2.500 pesetas, y que en 30 de Mayo de 1883 dedujo demanda el comprador D. Eugenio Romero y Cabezas en el Juzgado de primera instancia de Fuente Ovejuna para que se condenase á Don Gaspar Núñez y Castilla, vecino de Mérida, á rendir cuenta justificada

de la administración de las mencionadas minas, entregando el saldo que de ella resultase si lo hubiere, con indemnización de daños y perjuicios é imposición de todas las costas, alegando que el conocimiento de aquella demanda era de la competencia de aquel Juzgado, no sólo por encontrarse enclavadas en su término jurisdiccional las minas de cuya rendición de cuentas se trataba, sino con arreglo á lo prescrito en el art. 10 de la ley de 19 de Octubre de 1869 y regla 2ª del art. 63 de la de Enjuiciamiento civil, toda vez que aquélla versaba sobre rendición de cuentas que debía dar el demandado como administrador de bienes ajenos; y aun cuando en el contrato no estaba determinado el lugar donde debían presentarse dichas cuentas, ya se atendiera al domicilio del demandante ó dueño de los bienes, ó ya al lugar donde se desempeñase la administración, siempre sería aquel Juzgado competente, porque era vecino de aquella villa el demandante dueño de los bienes, y la administración no podía desempeñarse más que donde se encontrasen las minas en explotación:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Gaspar Núñez Castillo, y emplazado en la ciudad de Mérida, de donde es vecino, á su instancia, y después de oído el Ministerio fiscal, el Juez de primera instancia de la misma requirió de inhibición al de Fuente Ovejuna, fundando su competencia en que la regla 2ª del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil no era aplicable al demandado por referirse únicamente á los administradores de bienes ajenos en virtud de apoderamiento, y D. Gaspar Núñez no fué nunca apoderado por sus condóminos en las minas para administrarlas ni obró al hacerlo por delegación de ellos, sino haciendo uso de un derecho de que no se desprendió al ceder parte de dichas minas, y por lo tanto no había tenido el demandante, dueño de una participación en aquéllas, el derecho de elegir el Juzgado de Fuente Ovejuna para entender en aquella controversia: que ejercitando el demandante una acción personal, aquél era el Juzgado competente, por ser el en que había de cumplirse la obligación á que se contraía la demanda, toda vez que los cesionarios en dichas participaciones habían suplido para la designación del lugar el silencio de la escritura sobre este punto con actos posteriores, como era el de haber concurrido á Mérida para examen de cuentas y convenio de asuntos referentes á dichas minas, con cuyo acto fijaron dicho lugar como el del cumplimiento del contrato: que aquél era el domicilio del demandado; y por último, el lugar del contrato, como lo demostraba la escritura:

Resultando que el Juez de primera instancia de Mérida, después de oídos al demandante y al Ministerio fiscal, se negó á la inhibición, sosteniendo su competencia, fundado en que la acción que se ejercitaba era personal: que el obligado á dar cuentas en su virtud de un contrato por el que se encargó de una administración puede ser demandado sobre ellas ante el Juez del lugar de la misma, aunque se halle el reconvenido en el lugar del mismo contrato, porque el de la administración era el más propio para la comprobación de los actos administrativos, así bajo el aspecto de la buena como de la mala fe; y que versando además la reclamación sobre daños y perjuicios originados en el ejercicio de dicho cargo de administrador, debían ser demandados ante el Juez del lugar donde se hubieran causado, aunque el dañador fuera de otra vecindad, y allí debía cumplir lo de que resultase responsable;

Y resultando que habiendo insistido el Juez de Mérida en la inhibi-

ción, uno y otro han remitido las actuaciones para la decisión de este Supremo Tribunal:

Visto siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que según dispone el art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil en su núm. 2°, es Juez competente para conocer en las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos el del lugar donde deban presentarse, y no estando determinado el del domicilio del poderdante ó dueño de los bienes, el lugar donde se desempeñe la administración á elección de dicho dueño:

Considerando que en el presente caso se trata de rendir cuentas de la administración de unas minas que son de la propiedad de varios, entre ellos el demandado, no está determinado el lugar en que deban darse por la administración, por su propia naturaleza tiene que ejercitarse en el lugar en que aquéllos radican, que es el término del Juzgado de Fuente Ovejuna; por consiguiente, la competencia para conocer de la demanda referida es del Juez de este partido, sin que pueda tomarse en cuenta la razón que alega el demandado de que hizo cesión de las partes de las minas, reservándose la administración, porque aceptando esta condición, se le dió el encargo de administrar lo que no era suyo: tampoco es razón para declarar competente al Juez de Mérida el haber liquidado cuentas en esta ciudad, porque una cosa es hacerlo espontáneamente, y otra el derecho que obliga;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda entablada en estos autos por D. Eugenio Romero y Cabezas contra D. Gaspar Núñez Castilla corresponde al Juez de primera instancia de Fuente Ovejuna, al que se remitan todas las actuaciones á los efectos de derecho; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez de Mérida, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal.—(Sentencia publicada el 19 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 2 de Noviembre del mismo año.)

290

Apelación por denegatoria de recurso de casación en asunto de Ultramar (19 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—Desahucio.—Se confirma el auto apelado por D. Pedro Morales y Fernández con Doña Carmen Pantiga y hermanas (Juzgado de la Catedral de la Habana), y se resuelve:

Que según dispone el art. 667 *de la ley de Enjuiciamiento civil de* 1855, *dictada que sea la sentencia de vista en los juicios de desahucio, si se interpusiere por el arrendatario recurso de casación contra dicha sentencia, no podrá ser admitido, caso que proceda, si al interponerlo no acreditó aquél tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba adelantar.*

En la villa y corte de Madrid, á 19 de Octubre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de apelación, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma por Doña Carmen,

Doña Irene y Doña Josefa Pantiga y González con D. Pedro Morales y Fernández sobre desahucio:

Resultando que en 13 de Julio de 1880 Doña Carmen, Doña Irene y Doña Josefa Pantiga y González dedujeron demanda contra D. Pedro Morales y Fernández sobre desahucio del ingenio Industria y el potrero Ojo de agua que, como de la propiedad de las demandantes, llevaba en arrendamiento, por falta de cumplimiento á varias de las condiciones del contrato:

Resultando que convocadas las partes al juicio verbal prevenido por la ley, la parte actora reprodujo su demanda, y el demandado D. Pedro Morales y Fernández, excepcionando lo que estimó oportuno, reconoció no haber satisfecho en su totalidad los censos y contribuciones á que por la escritura de arriendo está obligado:

Resultando que en 9 de Setiembre de 1880 el Juez de primera instancia dictó sentencia declarando con lugar el desahucio: que interpuesta apelación por D. Pedro Morales y Fernández se remitieron los autos á la Audiencia, y la Sala de lo civil de la misma por auto de 23 de Octubre del mismo año declaró desierta la apelación por no haberse personado Morales oportunamente á sostenerla:

Resultando que D. Pedro Morales interpuso recurso de casación, fundado en que la sentencia era contraria á la doctrina legal generalmente admitida de que los 20 días para la comparecencia en el Tribunal de alzada se cuentan desde el siguiente al en que se remiten por el Juzgado inferior los autos que motivaron la alzada; y la mencionada Sala, por auto de 10 de Enero de 1881, declaró no haber lugar á la admisión del recurso en atención á que por parte de Morales no se había llenado el requisito indispensable de acreditar estar al corriente en el pago de las rentas; é interpuesta apelación por Morales, le fué admitida, remitiéndose en su virtud á este Tribunal Supremo la correspondiente compulsa de los autos:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que según dispone el art. 667 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, dictada que sea la sentencia de vista en los juicios de desahucio, si se interpusiere por el arrendatario recurso de casación contra dicha sentencia, no podrá ser admitido, caso que proceda, si al interponerlo no acreditó aquél tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba adelantar:

Considerando que el arrendatario, hoy apelante, no había acreditado que estaba corriente en el pago de las rentas cuando interpuso el recurso de casación contra la sentencia que le condenaba al desahucio. por lo que el auto apelado de la Audiencia de la Habana, derogatorio de la admisión de dicho recurso, está arreglado al referido precepto legal;

Fallamos que debemos confirmar y confirmamos el auto que en 10 de Enero de 1881 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, contra el cual interpuso apelación D. Pedro Morales y Fernández, al que condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la mencionada Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 19 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Noviembre del mismo año.)

291

Recurso de casación (20 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —INSCRIPCIÓN DE UN CRÉDITO HIPOTECARIO.—Ha lugar en parte al interpuesto por D. Pedro Jimeno Sacristán con Doña Victoriana Gaona (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que el contrato celebrado por el apoderado obliga al poderdante cuando aquél obra dentro de las facultades que le están conferidas.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Octubre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Aranda de Duero y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. Pedro Jimeno Sacristán, vecino de Peñaranda, Profesor de Medicina y Cirugía, hoy sus herederos Doña Lorenza Zapatero, por sí y como representante legal de su hijo D. Juan José Jimeno Zapatero, y D. Pedro, D. Julián, Anacleto, D. Andrés y Doña Carmen Jimeno Zapatero con Doña Victoriana Gaona Burgoa, propietaria, vecina de Tórtoles, sobre inscripción en el Registro de la propiedad de un crédito hipotecario; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre del Jimeno Sacristán, y sostenido por sus herederos, por el Procurador D. Antonio Bendicho y el Licenciado D. Joaquín López Puigcerver, habiendo representado y defendido á la Doña Victoriana el Procurador D. Mauricio Castañares y el Licenciado D. Severiano Alonso Martínez:

Resultando que en 15 de Julio de 1865 Doña María Gaona Burgoa dió á D. Quintín Aguilar á calidad de préstamo con interés la suma de 18.000 rs., por los que debía percibir 1.440 rs. de interés anual, á razón de un 8 por 100, debiendo serle devuelto el capital el día 15 de Julio de 1868; y constituyó hipoteca sobre varias fincas de su propiedad y presentó como su fiador y principal pagador, á D. Pedro Jimeno Sacristán, consignándose todo en escritura que fué inscrita en el Registro de la propiedad en 27 de Setiembre de 1867:

Resultando que la Doña María Gaona Burgoa falleció en 27 de Noviembre de 1872, bajo testamento otorgado el 25 del mismo mes y año, dejando como su única y universal heredera, mediante no tener herederos forzosos, á su hermana Doña Victoriana Gaona Burgoa; y entre los créditos que ésta heredó se hallaba el hipotecario antes aludido:

Resultando que en 13 de Diciembre de 1872 y por ante Notario, Doña Victoriana Gaona otorgó poder general á favor de D. Julián Pérez de Rozas, facultándole para arrendar, administrar y gobernar todos sus bienes; tomando y dando cantidades á préstamo, percibiendo sus rentas, legados, censos y cuanto la correspondiera, y facultándole además para que otorgue escrituras de venta de bienes, permutas, cesiones, imposiciones de censos, redenciones y transacciones, con los requisitos legales:

Resultando que en uso de este poder, D. Julián Pérez de Rozas, en 20 de Febrero de 1879 otorgó escritura, declarando que D. Pedro Jimeno Sacristán, como fiador y principal pagador de D. Quintín Aguilar, tenía satisfechos por razón de principal y réditos del crédito hipotecario de que se trata 31.160 rs., parte á la finada Doña María y parte

á Doña Victoriana, con cuya suma quedaba completamente satisfecho el principal y sus intereses devengados; y en su consecuencia formalizó á favor de D. Pedro Jimeno la más solemne carta de pago, cediéndole y traspasándole todos los derechos y acciones que la Doña Victoriana tenía como heredera de su hermana para reclamar de Don Quintín Aguilar las sumas satisfechas, quedando en toda su fuerza y vigor la escritura hipotecaria; aceptado este contrato por D. Pedro Jimeno presentó su primera copia en el Registro de la propiedad, donde con fecha 29 de Abril de 1879 se suspendió su inscripción por no hallarse inscrito á favor de la trasmitente el crédito hipotecario que se cedía, ni haber acompañado el testamento en virtud del cual heredaba y mediante haber trascurrido 30 días hábiles sin subsanar los expresados defectos:

Resultando que D. Pedro Jimeno Sacristán en 20 de Octubre de 1881 interpuso demanda, exponiendo que en 15 de Julio de 1865 se constituyó fiador y principal pagador de D. Quintín Aguilar por la suma de 18.000 rs. que con interés de 8 por 100 recibió éste de Doña María Gaona Burgoa; que por fallecimiento de ésta heredó aquel crédito su hermana Doña Victoriana Gaona Burgoa; que D. Pedro Jimeno satisfizo á éste su causante 7.790 pesetas por principal é intereses de dicho crédito, y en su virtud por D. Julián Pérez de Rozas, apoderado de Doña Victoriana, le fueron adictos todos los derechos de ésta para que pudiera celebrar del deudor D. Quintín Aguilar, hoy de sus herederos; que presentada la cesión al Registro de la propiedad se suspendió la inscripción por no hallarse previamente inscrito el crédito á favor de los cedentes; y como fundamentos de derecho alegó que la acción del crédito hipotecario debe inscribirse en el Registro de la propiedad; que esta inscripción no puede tener lugar si la persona que trasfiere el crédito no lo tiene inscrito previamente á su favor; que para la inscripción en favor de Doña Victoriana es indispensable la presentación del testamento de Doña María y la partida de defunción de ésta; que la cesión hecha á D. Pedro Jimeno sería de resultado negativo si la cedente no inscribiese su derecho, porque no podría aquél ejercitar el suyo contra el deudor, ni hacer uso del documento en cuya virtud adquirió tal derecho, y que el que ocasiona á otro un perjuicio está obligado á indemnizarle; y en su virtud pidió que se condenase á Doña Victoriana Gaona a que inscribiese á su nombre el crédito hipotecario heredado de su hermana Doña María, y que tenía trasmitido á D. Pedro Jimeno, indemnizando á éste los daños y perjuicios que se habían seguido, y al pago de las costas:

Resultando que conferido traslado á Doña Victoriana Gaona, le evacuó exponiendo que era incierto el tercer hecho de la demanda, por cuanto á Doña Victoriana no la constaba las entregas de las cantidades que se decían satisfechas por D. Pedro Jimeno, y que acaso retuviese en su poder D. Julián Pérez de Rozas, y en este concepto no pudo autorizar la escritura de cesión de crédito de que Doña Victoriana no tenía conocimiento, ni el D. Julián poder especial para otorgarla; que careciendo el D. Julián de capacidad para la cesión, no podía éste obligar á la Doña Victoriana que desde la muerte de su hermana no tenía representación legítima en actos ó contratos que la afectaren; que no constando el pago á Doña Victoriana, mal pudo ésta avenirse en el acto de conciliación, estando dispuesta a otorgar la cesión a favor de Jimeno tan pronto como se verificase el pago y ella pudiera legitimar su personalidad como heredera de su hermana; que careciendo de personalidad

para el otorgamiento del contrato D. Julián Pérez de Rozas, debe declararse nulo por los vicios intrínsecos y extrínsecos de que adolece: que careciendo de personalidad legítima Doña Victoriana Gaona no pudo verificar la cesión, y así debió comprenderlo el demandante al dejar de designar la acción que le correspondía deducir; que las gestiones del demandante debieron dirigirse contra el apoderado D. Julián, que es quien dió margen á las dificultades surgidas, y que no habiendo en Doña Victoriana Gaona intento de causar perjuicio alguno, ni habiendo intervenido en el contrato, ni puede tener responsabilidad ni debe tenerla por actos ajenos, y de ahí la necesidad de declarar nulo lo que en su origen fué vicioso; y pidió que se absolviese libremente a Doña Victoriana Gaona de la demanda contra ella interpuesta, condenando en las costas al demandante, y declarando al mismo tiempo la nulidad de la escritura de cesión de crédito hecha por D. Julián Pérez, quien carecía de competencia para realizarla:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica las partes reprodujeron sus respectivas pretensiones y alegaciones; y recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas por aquéllas:

Resultando que seguido el pleito en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia, por sentencia de 1° de Febrero último, declaró nula y de ningún valor ni efecto la escritura otorgada por D. Julián Pérez de Rozas en 20 de Febrero de 1878 á favor de D. Pedro Jimeno, absolviendo á Doña Victoriana Gaona de la demanda contra ella interpuesta por el primero, y reservando á dicho D. Pedro Jimeno su derecho para repetir contra D. Julián Pérez de Rozas si lo estima conveniente, sin expresa condenación de costas, tanto de esta instancia como las del inferior:

Resultando que D. Pedro Jimeno Sacristán interpuso recurso de casación, citando como infringidos:

1° Las leyes 13, 14 y 19, tít. 5°, Partida 3ª; las 21, 22, 23, tít. 12, y 7ª, tít. 14 de la Partida 5ª, y el principio de derecho según el cual el mandante está obligado á cumplir lo hecho por el mandatario, con arreglo al poder que le dió, se ha sometido esta infracción al declarar nula la escritura y absolver de la demanda á Doña Victoriana Gaona por suponer que no le obliga el contrato celebrado por su apoderado, á pesar de obrar éste en virtud de un poder no revocado y bastante:

2° La ley 11, tít. 12, Partida 5ª, que establece el beneficio de cesión de acciones ó carta de lasto, y el principio reconocido también por dicha ley, según el cual el cedente tiene obligación de cumplir los requisitos legales para que la cesión sea eficaz y pueda el cesionario reclamar el crédito, se infringe la ley y el principio citado al absolver de la demanda, siendo así que el recurrente como fiador pagó el completo de la deuda á la demandada por medio de su apoderado, y no puede hacer efectivo el crédito si antes no se inscribe á su nombre, para lo cual es forzosa la inscripción previa á nombre de la cedente:

3° El principio de derecho que declara que toda persona que ocasione á otra perjuicios por faltar á las obligaciones que con él tenía está obligada á resarcirle de los daños y perjuicios ocasionados, toda vez que éstos lo han sido por no cumplir Doña Victoriana las obligaciones deducidas de un contrato válido y legítimo:

4° La ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª, al no imponer las costas al demandado á pesar de su notoria temeridad:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que siendo general el poder otorgado por Doña Victoriana Gaona Burgoa á D. Julián Pérez de Rozas, autorizándole para administrar, arrendar y gobernar todos sus bienes, tomando y dando cantidades á préstamo, así como también para otorgar escrituras, cesiones, imposiciones de censos, redenciones y transacciones con los requisitos legales, es visto que dicho apoderado tenía facultades para otorgar la carta de pago y de cesión de acciones que hizo á favor de D. Pedro Jimeno Sacristán, como fiador y principal pagador de Don Quintín Aguilar en 20 de Febrero de 1879, sin que obste á tales facultades el hecho de no constar á su poderdante la entrega de las cantidades que se decían satisfechas por el D. Pedro Jimeno:

Considerando que el contrato celebrado por el apoderado obliga al poderdante cuando aquél obra dentro de las facultades que le están conferidas; doctrina que ha sido infringida por la sentencia recurrida al declarar nula la mencionada escritura de 20 de Febrero de 1869, y absolver de la demanda á Doña Victoriana Gaona Burgoa:

Considerando que la sentencia pronunciada por el Juzgado no contenía condena de daños y perjuicios á Doña Victoriana Gaona, y que al interponer esta apelación para ante la Audiencia no se adhirió á ella el hoy recurrente, por cuya razón no puede alegar como motivo de casación el no haberse impuesto el resarcimiento de daños y perjuicios;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación en cuanto la sentencia recurrida absuelve de la demanda por declararse nula la escritura de 20 de Febrero de 1879, en cuyo extremo casamos y anulamos la referida sentencia, y declaramos no haber lugar respecto al extremo de la indemnización de daños y perjuicios á que se refiere el tercer motivo.—(Sentencia publicada el 20 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Enero de 1884.)

292

Recurso de casación en la forma (20 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—Desahucio.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco Quevedo con Doña Juana González Collante (Juzgado de Medina de Rioseco), y se resuelve:

1° *Que según lo dispuesto en el art.* 1579 *de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios de desahucio, concurriendo las partes al juicio verbal, formularán en el acto toda la prueba que les convenga;*

Y 2° *Que si el recurrente no propuso en dicho acto la prueba que después solicitó, y que por extemporánea le fué denegada: no se ha cometido con ello la infracción de las formas del juicio á que se refiere el caso* 5° *del art.* 1693.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Octubre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguidos en los Juzgados municipal y de primera instancia de Medina de Rioseco por Doña Juana González Collante, viuda, propietaria, vecina de aquella ciudad, con D. Francisco Quevedo Valdivielso, mesonero de la propia vecindad, sobre desahucio; habiendo sido representados y defendidos el recurrente Quevedo por el Procurador D. Mauricio Castañares y el Doctor D. Rafael Remigio Ce

vallos, y la González por el Procurador D. Juan Gregorio Brea y el Licenciado D. Vicente de la Torre Seguera:

Resultando que en 5 de Enero último dedujo demanda en el Juzgado municipal de Medina de Rioseco Doña Juana González contra Don Francisco Quevedo sobre desahucio de la casa mesón que ocupaba por falta de pago del precio del arrendamiento: convocadas las partes al juicio verbal prevenido por la ley, tuvo efecto el 20 de Febrero, y en él reprodujo la demandante su pretensión, contestando el demandado que no procedía el desahucio en razón de existir un contrato de arrendamiento por seis años, que no habían trascurrido aún, habiéndose cumplido todas las condiciones estipuladas; y propuesta prueba por ambas partes consistente en la unión á los autos de la certificación del acto conciliatorio, del testimonio de la sentencia recaída en el desahucio seguido contra D. Miguel Salinas y en las posiciones que debía absolver la demandante, las admitió el Juez, previa declaración de pertinencia, señalando día para practicarlas:

Resultando que en 24 del mismo mes continuó la celebración del juicio, en cuyo acto se practicaron las pruebas propuestas; y solicitado por el demandado se hiciera comparecer á los testigos que al efecto designó para que contestaran preguntas, el Juez, con arreglo á la disposición del art. 1579 de la ley de Enjuiciamiento civil, denegó dicha prueba, dándose por terminado el acto; unidas las pruebas, se convocó á las partes á juicio verbal, que tuvo lugar en 21 de Marzo, insistiendo aquéllas en las pretensiones deducidas y solicitando el demandado como parte de prueba que absolviera posiciones Doña Juana González, y contestara algunas preguntas su hija Dolores Cáncer; opuesta la demandante, denegó el Juez su admisión por estar fuera de tiempo; y terminado el acto, dictó sentencia el Juez municipal en 26 de aquel mismo mes de Marzo declarando haber lugar al desahucio, y condenando á D. Francisco Quevedo á que desalojara la casa en el término de 15 días; apercibido de lanzamiento caso necesario:

Resultando que remitidos los autos al Juzgado de primera instancia de Rioseco por virtud de apelación que interpuso D. Francisco Quevedo, tuvo lugar el oportuno juicio verbal en 21 de Abril último en cuyo acto solicitó el apelante se admitiera la prueba propuesta y no practicada en la primera instancia, á cuyo efecto fueran citadas para que comparecieran á la presencia judicial Doña Juana González, demandante, su hija Doña Dolores y el marido de ésta D. Juan Silva; denegada por el Juez esta pretensión; confirmó la sentencia apelada, imponiendo las costas á D. Francisco Quevedo:

Resultando que contra esta sentencia interpuso D. Francisco Quevedo recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 5º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil por denegación de prueba admisible según las leyes, cuya falta había producido indefensión:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que según lo dispuesto en el art. 1579 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los juicios de desahucio, concurriendo las partes al juicio verbal, formularán en el acto toda la prueba que les convenga:

Considerando que el recurrente no propuso en dicho acto la prueba que después solicitó, y que por extemporánea le fué denegada:

Considerando, por lo tanto, que no se ha cometido la infracción de las formas del juicio á que se refiere el caso 5° del art. 1693 en que se funda este recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Francisco Quevedo, á quien condenamos en las costas, y á la pérdida de la cantidad que depositó, que se distribuirá en la forma prevenida por la ley: devuélvanse los autos al Juzgado de primera instancia de Medina de Rioseco, con la correspondiente certificación.—(Sentencia publicada el 20 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Noviembre del mismo año.)

293

Recurso de casación en la forma (22 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE PESETAS.—Ha lugar al interpuesto por el Ministerio fiscal con D. Francisco Graña y Bravo y otros (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

Que con arreglo á lo dispuesto en el art. 2° de la ley de 10 de Enero de 1877, el Ministerio fiscal bajo su responsabilidad elevará las consultas que determina el art. 2° del decreto de 9 de Julio de 1869 á la Asesoría general del Ministerio de Hacienda, de quien para este efecto depende, dentro de los 15 días siguientes á la fecha en que tenga noticia ó se le haga saber la existencia del pleito ó de la demanda en que tenga interés el Estado, no reputándose debidamente citado éste cuando no resulten cumplidos los dichos requisitos, pudiéndose pedir á nombre del Estado y acordarse por los Jueces y Tribunales la nulidad de las sentencias en pleitos de interés del mismo cuando no se hayan observado las formalidades que determina este artículo.

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos por virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia de Fonsagrada y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por Don Francisco Graña y Bravo y otros herederos de D. José María Bravo, representados por el Procurador D. Carlos Godino, bajo la dirección del Licenciado D. Rafael Villar y Linares, con el Ministerio fiscal, como representante de la herencia yacente de D. Manuel María Neyra, sobre pago de pesetas:

Resultando que D. Francisco Graña y Bravo, curador ejemplar de D. José Benito Bravo, y en representación de sus hijos y de su difunta mujer D. Balbina Bravo y D. Vicente Lastra, como marido de Doña María Bravo, herederos y sucesores de D. José María Bravo, dedujeron demanda en 19 de Octubre de 1881 en el Juzgado de primera instancia de Fonsagrada contra la herencia yacente del difunto D. Manuel Neyra Bernardez, representada por el Promotor fiscal, para que se la condenase al pago de la cantidad de 23.157 reales, intereses y costas, procedente del saldo de la cuenta que acompañaba; y que contenida la conformidad del deudor, debiendo verificarse con el sobrante de los bienes vendidos á dicha herencia por virtud de las ejecuciones pendientes contra ella y con las demás que se hallasen pertenecientes á la misma:

Resultando que admitida la demanda, de la que se confirió traslado con emplazamiento al Promotor fiscal, la contestó oponiéndose á ella en tanto no se justificase cumplidamente; y que evacuados los traslados de réplica y dúplica y recibido el pleito á prueba, se suministró sobre la legitimidad de la firma de D. Manuel Neyra Bernárdez:

Resultando que los demandantes alegaron en vista de las pruebas reproduciendo la pretensión de su demanda, y el Promotor fiscal solicitando que se desestimase, con las costas, por no hallarse probada plenamente la existencia del crédito que se reclamaba:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia condenando á la herencia yacente de D. Manuel María Neyra Bernárdez, representada por el Promotor fiscal, al pago de la cantidad demandada, con los intereses desde la fecha de la demanda, y las costas:

Resultando que el Promotor fiscal interpuso apelación; y que remitidos por virtud de ella los autos á la Audiencia de la Coruña, comunicados al Ministerio fiscal para mejorar el recurso, propuso incidente de nulidad, que fundó en que no obstante el interés del Estado, toda vez que á éste correspondían los bienes que pertenecieron á Don Manuel Neyra por no haberse presentado persona que los reclamase, no se había elevado por el Promotor fiscal, á quien se había citado como parte demandada, á la Dirección general de lo Contencioso del Estado la consulta á que se refería el art. 2° de la ley de 10 de Enero de 1877, con relación al mismo artículo del decreto de 9 de Julio de 1869, y art. 7° de la Compilación aprobada por Real orden de 16 de Abril de 1881: que no habiéndose cumplido con este requisito, no se reputaba debidamente el Estado, y podía pedirse á nombre de éste y debía acordarse por el Juez y Tribunales la nulidad de las sentencias; y que en su virtud pretendió que teniéndole por promovido se sustanciara en forma, con suspensión del curso de los autos, declarando definitiva la nulidad de la sentencia recaída en ellos:

Resultando que conferido traslado de este incidente con suspensión del curso de los autos, D. Francisco Graña y consortes lo impugnaron bajo el concepto de que la jurisdicción de la Audiencia estaba limitada á conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el Juez de primera instancia, debiendo rechazarse todas aquellas pretensiones que no deducidas durante el curso de aquélla tendían á quebrantar las fórmulas sustanciales del procedimiento:

Resultando que la Audiencia dictó sentencia en 26 de Febrero del corriente año desestimando la demanda incidental de nulidad deducida por el Ministerio fiscal, el cual usara de su derecho si le conviniere en conformidad á las disposiciones citadas:

Resultando que el Ministerio fiscal suplicó sosteniendo que el Estado no había sido citado debidamente en primera instancia para el requerimiento de la demanda interpuesta contra él, y que esto no admitía otra reparación que volver las cosas al estado del pleito en que se inició la nulidad; y que oídos D. Francisco Graña y consortes, la Audiencia por auto de 12 de Abril último declaró no haber lugar, con las costas, á suplir ni enmendar la sentencia suplicada:

Resultando que contra este auto interpuso el Ministerio fiscal recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fundó en las causas 1ª y 4ª del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que según el 2° de la ley de 10 de Enero de 1877 no se reputará debidamente citado el Estado cuando no resulten cumplidos los requisitos

que establece el párrafo anterior, y que la citación y emplazamiento hechos al Ministerio fiscal, en representación del Estado, sólo pueden surtir todos los efectos legales cuando se haya elevado consulta á la Dirección general de lo Contencioso de Hacienda y ésta hubiese dejado pasar tres meses sin dar sus instrucciones, lo cual en este pleito no había ocurrido:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2° de la ley de 10 de Enero de 1877, el Ministerio fiscal bajo su responsabilidad elevará las consultas que determina el art. 2° del decreto de 9 de Julio de 1869 á la Asesoría general del Ministerio de Hacienda, de quien para este efecto depende, dentro de los 15 días siguientes á la fecha en que tenga noticia ó se le haga saber la existencia del pleito ó de la demanda en que tenga interés el Estado, no reputándose debidamente citado éste cuando no resulten cumplidos dichos requisitos; pudiéndose pedir á nombre del Estado y acordarse por los Jueces y Tribunales la nulidad de las sentencias en pleitos de interés del mismo cuando no se hayan observado las formalidades que determina este artículo:

Considerando que el Ministerio fiscal se personó en estos autos sin pedir antes las instrucciones á que se refiere la citada ley de 1877, y por consiguiente sin la legitima representación del Estado, ni la citación ni emplazamiento que como interesado en el juicio le corresponde; y como tal diligencia es una de las formas esenciales del juicio, y su falta da lugar al recurso, según el art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por el Ministerio fiscal, en representación del Estado; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia y auto que en 26 de Febrero y 12 de Abril del corriente año dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña; y mandamos que reponiéndose el pleito al estado que tenía al personarse el Ministerio fiscal en la primera instancia, se sustancie y determine con arreglo á derecho; y líbrese á dicha Audiencia de la Coruña la certificación correspondiente, con devolución de los autos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 22 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 18 de Noviembre del mismo año.)

294

Recurso de casación (24 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —REIVINDICACIÓN.—No ha lugar al interpuesto por el Ministerio fiscal con D. Antonio Díaz Villar (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

1° *Que la sentencia que declara ser de la propiedad del primer comprador la finca vendida dos veces, no infringe la ley* 50, *tít.* 5° *de la Partida* 5ª, *si se ha justificado cumplidamente que no sólo pagó su precio al contado sino que entró en la tenencia de la misma por virtud de la inscripción hecha á su favor en el Registro de la propiedad, con lo cual llenó los dos requisitos que establece dicha ley para consolidar el dominio en el primer adquirente con preferencia al segundo;*

Y 2° *Que tampoco infringe el art.* 27 *de la ley del Notariado, por*

cuanto esta disposición se refiere á los casos en que no consta la autorización del Notario que intervino en el instrumento público; y en el de que se trata no puede dudarse que la primera copia, que es la que hace plena fe en juicio, fué expedida, firmada y signada por el Notario autorizante, en cuya virtud es asimismo improcedente el fundamento del recurso por la infracción del art. 33 de la ley Hipotecaria, basado en el supuesto inexacto de la nulidad del contrato.

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Llanes y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por D. Antonio Díaz Villar con D. Lorenzo Díaz González, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, y con el Ministerio fiscal, en representación del Estado, como citado de evicción, sobre reivindicación de una finca:

Resultando que D. Antonio Díaz Villar adquirió de la Nación por escritura otorgada en Oviedo á 14 de Julio de 1870 ante el Notario Don Vicente González Alverú una finca, sita en la vega de Paraina, parroquia de San Vicente de Panés, procedente de los mansos de la misma, en precio de 1.250 pesetas en que le fué adjudicada por la Junta de Ventas de bienes del Estado, habiendo sido inscrita en el Registro de la propiedad en 29 de Diciembre del mismo año:

Resultando que D. Lorenzo Díaz González, por escritura de 14 de Abril de 1871, que se inscribió en el Registro de la propiedad en 23 de Mayo siguiente, adquirió también del Estado varias fincas, entre ellas una que radicaba en la parroquia de Panés, sitio de los Abrancos, procedente de San Vicente de Panés; habiéndosele dado posesión judicial de ella sin perjuicio de tercero en 11 de Febrero de 1878 en virtud de un expediente que al efecto promovió:

Resultando que en 5 de Julio de 1875 D. Antonio Díaz Villar dedujo la demanda objeto de estos autos para que se dejase sin efecto el auto de 10 de Enero de 1873, en que se había dado posesión de la indicada finca á D. Lorenzo Díaz y González, y se le condenase á su entrega, con devolución de los frutos y resarcimiento de los daños, perjuicios y costas; alegando en apoyo de su pretensión que reuniendo la escritura de su adquisición todos los requisitos legales necesarios para la venta de bienes nacionales, teniendo capacidad las partes, é inscrito dicho documento en el Registro de la propiedad, se había traspasado el dominio al demandante: que siendo el único dueño no podía el Estado trasmitir á D. Lorenzo Díaz el dominio de que se había desprendido; que habiendo enajenado una misma finca dos veces, la debía haber el primero, conforme á la ley de Partida: que la Hipotecaria, en tanto consideraba trasmitido ó traspasado el dominio, en cuanto constaba la inscripción en el Registro; y que dada la posesión á D. Lorenzo Díaz sin perjuicio de tercero de mejor derecho, siéndolo el del demandante, que tenía un título anterior inscrito, debía estimarse la demanda:

Resultando que D. Lorenzo Díaz y González la impugnó alegando que habiendo comprado al Estado las referidas fincas por escritura debidamente registrada y entregándosele después judicialmente, era sin género de duda el verdadero dueño de la misma, sin que obstase á ello la venta anterior hecha por el Estado, y la inscripción; pues no ésta, sino la tradición, era el modo de adquirir el dominio de la cosa comprada: que el título que invocaba el demandante como nudo pacto, pues esto que no se llegó á consumar, no le daba acción real para reclamar la

cosa y menos para reclamar contra el demandado que la adquirió por tradición precedida de un título justo inscrito en el Registro de la propiedad: que cuando el demandante compró al Estado era menor de edad, y en la finca hubo error en más de la quinta parte de la cabida, y estas nulidades fueron sin duda las que indujeron al Estado á enajenarla á otro, ó por lo menos las que detuvieron al demandante para no pedir la posesión, tolerando todos los actos preliminares de una nueva subasta, después la subasta misma y por último la posesión á otro:

Resultando que citada de evicción la Hacienda pública, el Ministerio fiscal, en representación de la misma, sostuvo que había motivos para creer que las fincas vendidas eran distintas, en cuyo caso ningún daño ni perjuicio había podido causar el Estado, para el cual por lo tanto la cuestión era de hecho:

Resultando que recibido el pleito á prueba y cotejada la escritura de 1870 con su original, se advirtió que en éste no existían el signo, firma ni rúbrica del Notario autorizante; habiéndose suministrado prueba de testigos sobre el hecho de que sólo existía una finca en la vega de Paraina, que perteneció á la iglesia parroquial ó mansos de San Vicente de Panés, siendo una misma la que se describía y deslindaba en las dos escrituras mencionadas; habiéndose certificado por la Intervención de Hacienda de la provincia que D. Antonio Díaz satisfizo el precio de la finca mencionada:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo dictó en 2 de Abril del corriente año 1883 sentencia, que no fué conforme de toda conformidad con la de primera instancia, declarando que la heredad de la vega de Paraina enajenada por el Estado corresponde en propiedad y posesión á D. Antonio Díaz Villar, y dejando en su consecuencia sin efecto el auto posesorio de 10 de Enero de 1873, condenó á D. Lorenzo Díaz González á dejarla libre y desembarazada á disposición del demandante, con los frutos y rentas producidos ó que pudo producir desde 14 de Agosto de 1875, fecha de la contestación á la demanda:

Resultando que el Ministerio fiscal interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 50, tít. 5°, Partida 5ª, puesto que siendo indudable que la finca cuestionada fué vendida dos veces, por el Estado primero a Don Antonio Díaz Villar en 14 de Julio de 1870, y después á D. Lorenzo Díaz Gonzalez en 14 de Abril de 1871, habiendo este último tomado posesión de ella, circunstancia que no concurría en el primero, la sentencia, prescindiendo de lo dispuesto en dicha ley y de la doctrina que conforme á la misma contenía el fallo de este Supremo Tribunal de 4 de Mayo de 1860, había dado lugar á la acción reivindicatoria deducida por D. Antonio Díaz Villar, declarando que correspondía á éste la posesión y propiedad de la finca:

2° La ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, que en su art. 27, párrafo tercero, declara nulos los instrumentos públicos que carezcan de la firma, signo y rúbrica de Notario, toda vez que la sentencia, prescindiendo de esta disposición, había dado valor á la escritura de 14 de Julio de 1870, siendo así que por el defecto de que adolecía carecía de eficacia y efecto legal para demostrar el dominio que sobre la finca cuestionada le declaró en favor de D. Antonio Díaz Villar, documento que constituía un requisito esencial para la validez del contrato á que se refería, conforme á la ley de 1° de Mayo de 1855, é instrucción de 31 del mismo mes y año:

Y 3° El art. 33 de la ley Hipotecaria, que dispone que la inscripción no convalida los actos ó contratos nulos con arreglo á las leyes, puesto que la sentencia había dado valor á la inscripción hecha en el Registro de la escritura de 14 de Julio de 1870, siendo así que ésta, por el defecto de que adolecía y por lo establecido en el art. 37 de la ley citada en el anterior fundamento, hacía nulo el contrato á que se refería, careciendo de efecto legal alguno, sin que á esto se opusiera por carecer de aplicación lo dispuesto en el art. 34 de la ley Hipotecaria, porque D. Antonio Díaz Villar no podía ostentar respecto del vendedor el carácter de tercero, con arreglo á la definición que de éste hacía el 27 de la misma ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley 50, título 5° de la Partida 5ª, citada en el primer motivo, puesto que habiéndose justificado cumplidamente que D. Antonio Díaz del Villar, primer comprador de la finca litigiosa, no sólo pagó su precio al contado, sino que entró en la tenencia de la misma por virtud de la inscripción hecha á su favor en el Registro de la propiedad, con lo cual llenó los dos requisitos que establece dicha ley para consolidar el dominio en el primer adquirente con preferencia al segundo:

Considerando que tampoco infringe la sentencia impugnada el artículo 27 de la ley del Notariado que se invoca en el segundo motivo, por cuanto esta disposición se refiere á los casos en que no consta la autorización del Notario que intervino en el instrumento público, y en el de que se trata no puede dudarse que la primera copia, que es la que hace plena fe en juicio, fué expedida, firmada y signada por el Notario autorizante, en cuya virtud es asimismo improcedente el tercer fundamento del recurso, basado en el supuesto inexacto de la nulidad del contrato;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio fiscal en representación del Estado, no haciendo declaración sobre costas por no haberse personado los recurridos; y líbrese á la Audiencia de Oviedo la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 24 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Enero de 1884.)

295

Recurso de casación (25 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—Reivindicación.—No ha lugar al interpuesto por D. Agustín Santiago Zaragozano con D. Juan de Dios López Moreno (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que ejercitada por el demandante la acción reivindicatoria, y litigándose por las partes sobre la propiedad de la línea ó faja de terreno que existe entre las dos fincas de su pertenencia, son aplicables á la cuestión suscitada las leyes* 1ª *y* 10, *tít.* 14, *Partida* 3ª, *relativas á la obligación de probar que incumbe al demandante y á quien debe tenerse por dueño ó poseedor de la cosa reclamada; no habiendo, por consecuencia, incurrido en error la Sala sentenciadora al fundar su fallo en las disposiciones de las mencionadas leyes*:

2° *Que las leyes* 1ª, *tít.* 28; 8ª, *tít.* 30; 22, *tít.* 2° *de la Partida* 3ª, *y el art.* 578 *de la ley vigente de Enjuiciamiento civil, carecen de aplicación al caso del pleito, porque la primera define el señorío y sus diferentes clases, la segunda habla de como gana ome la tenencia de la cosa por la carta que le dan de ella, la tercera se refiere á la exhibición de la cosa litigiosa por el demandado, y el cuarto enumera los medios de prueba de que se puede hacer uso en juicio:*

3° *Que corresponde á la Sala sentenciadora apreciar la malicia ó temeridad del demandante, y cuando entiende que éste ha promovido el pleito sin razón derecha, debe, conforme á la ley* 8ª, *tít.* 22, *Partida* 3ª, *imponerle las costas, sin que tal imposición pueda servir de fundamento al recurso de casación;*

Y 4° *Que es improcedente el motivo del recurso, fundado en haberse cometido error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, si ni se cita ley que demuestre el error de derecho ni aparece que la sentencia incurra en ningún error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos.*

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Octubre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Navalcarnero y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta capital por Don Agustín Santiago Zaragozano y Alegre, defendido por el Licenciado D. Jacobo Sales y representado por el Procurador D. Angel Calvo, con D. Juan de Dios López Moreno, representado por el Procurador Don Francisco Sánchez Morayta, bajo la dirección del Licenciado D. Ricardo López Sallaberry, sobre reivindicación de un terreno:

Resultando que por escritura otorgada en esta corte á 5 de Noviembre de 1868, que fué inscrita en el Registro de la propiedad, Doña Eustaquia Llorente y Martínez, con licencia de su marido D. Blas Jiménez y Esteban, vendió á D. Juan Francisco Díaz de la Torre y D. Juan de Dios López y Moreno una tierra sita en término de la villa de Pozuelo de Alarcón en el camino de Boadilla del Monte, frente á la huerta que fué de Juan Tomé, y últimamente había pertenecido al Duque de San Ricardo, de cabida fanega y media, lindante al Norte con otra llamada del Organo correspondiente á la hacienda de dicho Duque, al Este con dicho camino de Boadilla, al Sur con tierras de D. José Prudencio González, y al Oeste con otra de Aquilino Herranz:

Resultando que D. José Ricardo Ortega y D. José Prudencio González vendieron por escritura de 27 de Agosto de 1869 á D. Juan Francisco Díaz de la Torre y D. Juan de Dios López 17.162 pies superficiales de terreno, sitos en la villa de Pozuelo de Alarcón, linde al Norte con el resto de la tierra del Organo de que formaba parte, propia de los vendedores, Este con el camino nuevo de Boadilla, Sur con la tierra de los compradores en el camino de dicho pueblo, y Oeste con tierras de Agustín Herranz, teniendo por objeto aquella venta el que los compradores pudieran corregir las irregularidades de una finca rústica adquirida de Doña Eustaquia Llorente y Martín por escritura de 5 de Noviembre del año anterior:

Resultando que el Arquitecto de la Academia de San Fernando Don Andrés Hernández certificó en 5 de Enero de 1870 que por encargo de D. Juan Francisco Díaz y D. Juan de Dios López había reconocido, medido y tasado lo principal y accesorio de la finca urbana que habían construído con destino á casa de labranza en la Colonia de la Paz, tér-

mino de Pozuelo de Alarcón, en el camino que desde Pozuelo dirigía á Boadilla, con lo cual lindaba la fachada principal al Este, la posterior al Oeste con la tierra en que se hallaba enclavada, y con la misma tierra la cerca de la derecha al Norte, y la de la izquierda al Sur lindaba, 41 metros y 50 centímetros con una faja de dos pies de latitud de la citada tierra que á su vez lindaba con otra y tejar de D. José Prudencio González, y el resto de la misma línea al Sur en 21 metros 17 centímetros lineales con una casa del mismo González:

Resultando que por escritura de 29 de Noviembre de 1871 D. Juan Francisco Díaz cedió á D. Juan de Dios López en pago de lo que le era en deber, la mitad de dicha casa labor, tierra y terrenos sobre que estaba construída que le pertenecía:

Resultando que dueño D. Julián Sevilla y García por título de compra á D. José Ricardo Ortega y D. José Prudencio González de 4 de Marzo de 1869 de un terreno sito en el término de la villa de Pozuelo de Alarcón al camino de Boadilla del Monte, conocido por Colonia de la Paz, de caber una fanega y seis celemines, lindante al Norte con terrenos de Eusebio Llorente, al Sur con el de D. Agustín Zaragozano, al Poniente con otro de herederos de Aquilino Herranz y de Irene de Lara, y al Este con camino de Boadilla, en cuyo terreno existían construidos una fábrica de yeso con dos hornos, otros dos para cocer ladrillo, y otros edificios los vendió por escritura de 5 de Junio de 1870 á D. Agustín Zaragozano por la cantidad de 3.000 pesetas, habiéndose inscrito la escritura en el Registro de la propiedad:

Resultando que refiriéndose á ella D. Agustín Zaragozano otorgó otra en 13 de Setiembre del mismo año 1876, en la que consignó que habiendo variado en parte los linderos antiguos fijados en la misma y con el fin de que constasen los que en la actualidad tenían hacía manifestación de ellos de la manera siguiente: que el referido terreno lindaba al Norte y Poniente con D. Juan de Dios López; al Sur con Don Agustín Zaragozano, y al Este con camino de Boadilla:

Resultando que el Notario de Pozuelo de Alarcón levantó acta en 23 de Julio de 1878 á virtud de requerimiento de D. Juan de Dios López, en la que consignó que constituído en una posesión de D. Agustín Zaragozano colindante á la de aquél, observó que la pared que edificaba D. Agustín estaba unida y formando medianería con la de Don Juan hasta la pared del tejado de éste, que desde allí á arriba se había violentado el expresado tejado separando las tejas y apoyando dos pies derechos hasta una altura de cosa de dos varas sobre el referido tejado, para lo cual había sido necesario construir sobre los dos pies lineales de la propiedad de López:

Resultando que en su virtud D. Juan de Dios López demandó á juicio verbal ante el Juez municipal de Pozuelo á D. Agustín Santiago Zaragozano para que le restituyese varios pies de terreno correspondientes á la finca conocida por el nombre de Casa de labor, destinados á verter las aguas llovedizas, y sobre los cuales empezaba á edificar; y sustanciado el juicio, en el que las partes alegaron respectivamente tener derecho á dicha porción de terreno, dictó sentencia el Juez municipal que fué apelada y revocada por el de primera instancia de Navalcarnero en 10 de Agosto de dicho año de 1878, absolviendo á Zaragozano de la demanda y reservando al demandante el derecho de que se creyera asistido para que lo ejercitase en la forma correspondiente si viere convenirle:

Resultando que en 29 de Noviembre del propio año D. Juan de Dios López dedujo interdicto de recobrar la posesión de la citada faja de terreno de que se hallaba en posesión desde que se le había adjudicado la Casa labor, y de que había sido despojado por Zaragozano, ocupándose parte de ella con la edificación que había ejecutado, y dada la oportuna fianza dictó sentencia el Juez de primera instancia en 5 de Diciembre de dicho año estimando el interdicto, con las declaraciones y condenaciones siguientes:

Resultando que llevada á efecto la sentencia restitutoria, D. Agustín Santiago Zaragozano entabló en 24 de Marzo de 1881 la demanda objeto de estos autos, en la que ejercitando la acción real reivindicatoria de propiedad con la personal accesoria sobre daños y perjuicios, pidió que se condenara á D. Juan de Dios López á que respetando el derecho y propiedad del demandante se dejase expedita, libre de toda afección ó gravamen y á su disposición la lista ó faja de terreno de unos 50 centímetros de ancho por 40 metros 82 centímetros próximamente de largo en línea recta correspondiente al extremo Norte de la finca denominada Colonia de la Paz, fábrica de yeso y ladrillo de la pertenencia de Zaragozano, y lindante por el referido lado en toda su longitud con casa-labor del demandado López, sitas ambas fincas en término de Pozuelo de Alarcón; á que le reintegrase la cantidad de 875 pesetas á que próximamente ascendía el importe total de costas y gastos, daños y perjuicios que López en juicio y fuera de él había ocasionado á Zaragozano con la ocupación ó posesión indebida de dicho trozo de terreno y sustanciación primero de un juicio verbal y después de un interdicto de recobrar la posesión del mismo terreno; á que López repusiera al estado que tenía al promover interdicto la construcción y terreno de Zaragozano, completamente variada con motivo del mismo; á que desistiera de molestarle en el pleno dominio, quieta y pacífica posesión y disfrute de los expresados inmuebles, prestando caución á su nombre, el de sus herederos, sucesores ó derecho habientes de no volver á verificarlo, imponiéndole, por último, todas las costas y gastos que se originasen, alegando en apoyo de su derecho, después de consignar el resultado de los documentos de adquisición referidos, que por título de compra había adquirido de D. Julián Sevilla el dominio y posesión del terreno y construcciones á que se refería la escritura de 5 de Julio de 1876, determinados por lindes fijas y conocidas; que como tal dueño pudo edificar en su predio sin que con aquel hecho pudiera merecer la calificación de despojante, y por el contrario privado de su propiedad, ó aunque sólo fuere de la posesión de la cosa, podía pedir en una misma demanda la tenencia al señorío de ella de aquel que la tuviese; que la eficacia del título en que el demandante fundaba su derecho se evidenciaba con la inscripción en el Registro de la propiedad, la cual sólo se extinguía por la inscripción de trasferencia del dominio a favor de tercero, ó por la acumulación y no por la posesión posterior de otra persona sin título ó con él no inscrito, careciendo la tenencia y aun en su caso la posesión sin título de valor y eficacia; doctrina de perfecta aplicación en el caso actual respecto a D. Agustín Zaragozano, que reunía los requisitos exigidos al verdadero dueño y a D. Juan de Dios López que no contaba ninguno; y que si éste había ocupado la lista de terreno referida y se había permitido verter en la heredad de Zaragozano las aguas llovedizas lo había hecho sin título alguno y sin fundamento justificable, no pudiendo con

este solo hecho ni crear el derecho de propiedad, ni constituir el de servidumbre ni otro cualquiera á su favor, con tanta más razón cuanto que en la misma línea de la pared donde cargaba su edificio se hallaba la tapia construída por el mismo con albardilla á dos aguas, que patentizaba ser medianera y divisoria de ambas fincas:

Resultando que D. Juan de Dios López impugnó la demanda alegando que Zaragozano no era ni había sido nunca dueño del terreno que reclamaba, ni poseídole sino en los breves momentos en que gozó del despojo que con fractura y escalamiento del tejado de un pajar de López llevó á cabo cuando se promovió el juicio verbal; que dicho despojo obtuvo inmediata reparación por la sentencia recaída en la primera instancia del interdicto que fué consentida por Zaragozano; que el demandado, primero en unión de D Juan Francisco Díaz, y después por sí solo había estado en posesión constante del tereno de que se le trató de despojar; que la escritura que presentaba el demandante no se refería al terreno á que trataba de aplicarla, pues nunca había formado parte de la fanega y media que compró á Sevilla, ni sido objeto de contrato en ambos; y que ninguno de los dueños que habían tenido lo que llamaba el demandante fábrica de yeso y ladrillo había creído que formaba parte de ella la faja de terreno en cuestión pues todos habian respetado al demandado en el derecho que ejercitaba. Como fundamentos de derecho consignó la presunción *juris tantum* de que el poseedor es dueño de la cosa poseída; los títulos que había presentado por cuyo resultado, habiendo sido inscritos en el Registro de la propiedad, debía estarse y pasarse, prescindiendo por completo de la afirmación caprichosa del demandante que carecía de punto de apoyo sin que hubiera nada que la excusase por cuanto sus títulos no se referían al terreno litigioso; la ley 1ª, tít. 29, Partida 3ª, por cuanto aun en el caso de que en algún tiempo perteneciese el terreno litigioso al predio colindante, la posesión por más de 10 años entre presentes con justo título y buena fe era un modo de adquirir que hubiera convertido en dueño á López, la doctrina consignada por este Supremo Tribunal de que los contratos de compra venta se perfeccionan por el consentimiento de las partes y se consuman con la entrega de la cosa y precio, lo cuál demostraba que aun en el caso de que Sevilla hubiera podido vender la faja litigiosa sin pertenecerle no la poseía, era imposible la entregara a Zaragozano, y que aun admitiendo que el demandante fuera verdaderamente dueño de la faja de dos pies de terreno que reivindicaba, esta acción no podía entablarse con éxito contra un poseedor que como D. Juan de Dios López tenía título inscrito en el Registro de la propiedad y no podía prosperar mientras previamente y en otro juicio no ejercitara otra acción que conforme á derecho fuera adecuada para destruirlo:

Resultando que suministradas pruebas por una y otra parte y practicado como una de ellas un reconocimiento judicial del terreno, sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 15 de Febrero del corriente año 1883 sentencia revocatoria, absolviendo á D. Juan de Dios López de la demanda entablada por D. Agustin Santiago Zaragozano, á quien condenó en todas las costas de la primera instancia:

Resultando que D. Agustín Santiago Zaragozano interpuso recurso de casación por infracción de ley comprendido:

1° En el caso 1° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha-

llándose violadas, interpretadas erróneamente y con aplicación indebida las leyes 1ª y 10, tít. 14, Partida 3ª, puesto que el recurrente había llenado cumplidamente en ellas; la 1ª, tít. 28; 8ª, tít. 30, y 22, tít. 2º de la misma Partida; y la 8ª, tít. 22 de la misma, en cuanto á la imposición de costas de primera instancia, por no ser posible considerar al recurrente como litigante temerario, habiéndose infringido también el art. 578 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Y 2º Por haber cometido error de hecho y de derecho que resultaba de documentos y actos auténticos que demostraban la equivocación evidente del juzgador, no apreciando las pruebas aportadas á los autos por el demandante en justificación de los extremos de la demanda:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que ejercitada por el demandante la acción reivindicatoria, y litigándose por las partes sobre la propiedad de la línea ó faja de terreno que existe entre las dos fincas de su pertenencia, son aplicables á la cuestión suscitada las leyes 1ª y 10, tít. 14, Partida 3ª, relativas á la obligación de probar que incumbe al demandante y á quien debe tenerse por dueño ó poseedor de la cosa reclamada; no habiendo, por consecuencia, incurrido en error la Sala sentenciadora al fundar su fallo en las disposiciones de las mencionadas leyes:

Considerando que las leyes 1ª, tít. 28; 8ª, tít. 30; 22, tít. 2º de la Partida 3ª, y en el art. 578 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil que como infringida se citan también en el primer motivo del recurso carecen de aplicación al caso del pleito, porque la primera define el señorío y sus diferentes clases, la segunda habla de como gana ome la tenencia de la cosa por la carta que le dan de ella, la tercera se refiere á la exhibición de la cosa litigiosa por el demandado, y el cuarto enumera los medios de prueba de que se puede hacer uso en juicio:

Considerando, en cuanto á la supuesta infracción de la ley 8ª, título 22, Partida 3ª, que corresponde á la Sala sentenciadora apreciar la malicia ó temeridad del demandante, y cuando entiende que éste ha promovido el pleito sin razón derecha, debe, conforme á dicha ley, imponerle las costas, sin que tal imposición pueda servir de fundamento al recurso de casación;

Y considerando que es improcedente el segundo motivo del recurso, porque ni se cita ley que demuestre el error de derecho que se supone cometido en la apreciación de las pruebas, ni aparece que la sentencia incurra en ningún error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Agustín Santiago Zaragozano, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 25 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Enero de 1884.)

296

Recurso de casación (25 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—ELEVACIÓN Á ESCRITURA PÚBLICA DE UN DOCUMENTO PRIVADO.—No ha lugar al interpuesto por Doña Teresa Larrosa Martínez con D. Eugenio del Rincón (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que conforme á la ley* 38, *tít.* 5°, *Partida* 5ª, *son obligatorias todas las condiciones establecidas en el contrato de compra venta si no se oponen á las leyes ó á las buenas costumbres; y es asimismo doctrina de jurisprudencia que las obligaciones y contratos han de entenderse según los términos en que se hallan redactados, sin extenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado expresamente:*

2° *Que cualesquiera que sean los razonamientos de la sentencia recurrida, no se da contra ellos recurso de casación·*

3° *Que si la sentencia no niega que la trasmisión de un derecho por precio cierto es un contrato de venta, sujeto á las prescripciones que regulan los contratos de esta clase, sino que teniendo en cuenta los términos y condiciones con que fué estipulado, que son la primera ley para los contratantes, en cuanto no se oponen á los preceptos del derecho ni de la moral, resuelve que el demandado no viene obligado á la serie de actos y de diligencias á que se pretende sujetarle; no se infringen la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia ni la ley* 14, *tít.* 12, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación;*

Y 4° *Que para sostener el recurso de casación no es lícito alterar la naturaleza de las cuestiones litigiosas decididas en los fallos recurridos.*

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Octubre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte por Doña Teresa Larrosa y Martínez, vecina de la misma, con D. Eugenio del Rincón y Sánchez, de la propia vecindad, empleado, sobre que se eleve á escritura pública un documento privado; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto á nombre de la Doña Teresa por el Procurador D. Antonio Arana y Morayta, bajo la dirección del Licenciado D. Eduardo Romero, habiendo representado y defendido al D. Eugenio el Procurador D. Lucio Alvarez y el Licenciado D. Ignacio Suárez García:

Resultando que en 26 de Enero de 1877 D. Antonio Sureda suscribió un documento privado confesando ser en deber á D. Eugenio del Rincón la cantidad de 49.658 rs. 72 céntimos como resultado de la liquidación de cuentas que había practicado de conformidad, cuyo pago se comprometió á verificar por mensualidades de á 6.207 rs. 74 céntimos desde fines de Febrero á fines de Octubre de aquel año, y si para tal fecha no lo hubiese satisfecho, comprometió al pago los bienes que se refieren en la hijuela que le fué hecha:

Resultando que por no haber cumplido Sureda lo que ofreció, Rincón lo demandó en acto de conciliación en 11 de Octubre de dicho año de 1877, y confesando Sureda la deuda, por carecer de recursos para pagarla, ofreció entregar al acreedor en pago la participación que se-

gún su hijuela se le dió en la casa calle de los Reyes, núm. 21, dándosela eviccionada la afección que sobre toda ella pasaba de 4.000 duros á que estaba afecta á una dación de cuentas que se hallaba reparada por 150.000 rs.:

Resultando que en 22 del repetido mes de Octubre de 1877 Don Eugenio del Rincón firmó un documento privado que dice: «Siéndome en deber D. Antonio Sureda la cantidad de 49.658 rs. 72 céntimos por documento por él suscrito, que hecho constar y valer en juicio de 11 de Octubre de 1877, en virtud del que me hizo la cesión de sus derechos á la hijuela ó bienes heredados de su madre que la constituyen, y atendiendo á las afecciones que tiene y gravitan sobre la finca en que le fué adjudicada, según aparece con esta fecha del Registro de la propiedad y declaraciones por él hechas en el juicio convenido antes citado, he cedido á Doña Teresa Larrosa mis derechos en el crédito y juicio convenido de 11 de Octubre de 1877 por la cantidad de 30.000 reales que recibo en este acto, dándome por pagado, y traspasando mis derechos por este documento á Doña Teresa Larrosa, sin alterar en nada las condiciones restantes del susodicho juicio convenido que al efecto podrá hacer valer en su día, á cuyo fin y seguridad extiendo de conformidad y doy el presente:»

Resultando que en 11 de Marzo de 1880 Doña Teresa Larrosa dedujo demanda contra D. Eugenio del Rincón, en la que después de hacer mérito de los relacionados documentos privados y acto conciliatorio, expuso que las aspiraciones de la demandante se habían reducido á que Rincón en su calidad de vendedor accediera á que se elevase á escritura pública el documento privado de 22 de Octubre de 1877, para que surta los efectos naturales el contrato en él contenido, á lo que Rincón había puesto una resistencia pasiva. Como fundamento de derecho alegó las leyes 1ª, 10 y 11, tít. 5°, Partida 6ª; la jurisprudencia de este Tribunal Supremo consignada entre otras, en sentencias de 25 de Abril de 1867; la ley 14, tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilación; la 28, tít. 5°, Partida 5ª, el principio consignado en la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1860, de que incumbe al vendedor allanar los obstáculos que se opongan á la entrega de la cosa vendida, y no verificándolo tiene derecho el comprador á la devolución del precio con los daños y perjuicios causados; y la ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª: y concluyó solicitando se condenase á D. Eugenio Rincón á que en un plazo breve y perentorio, y allanando por su parte cualquiera clase de obstáculos que se opongan á elevarse á escritura pública el documento privado de 22 de Octubre de 1877, poniendo á la actora en condiciones de que se inscriba á su nombre en el Registro de la propiedad la participación que se había cedido y traspasado en la casa núm. 21 de la calle de los Reyes de esta corte, para en el caso de que por cualquiera circunstancia no pudiera ó no llegara á verificarse así se le condenará á que le devolviese la cantidad de 30.000 rs. por el concepto de precio recibido, y á que la indemnizase cumplida y legalmente de todos los daños y perjuicios que le había ocasionado, con más el pago de todas las costas y gastos:

Resultando que conferido traslado á D. Eugenio Rincón, le evacuó pretendiendo se le absolviera de la demanda con imposición á la actora de perpetuo silencio y costas, y expuso que no era cierto que se celebrara el contrato de cesión á que se refiere el documento de 22 de Octubre de 1877 entre Doña Teresa Larrosa y D. Eugenio Rincón, porque

no hubo pacto, acto ni contrato entre ellos; que lo ocurrido fué que D. Antonio Sureda, queriendo libertar la participación que tenía en la casa calle de los Reyes de la obligación que había contraído con Rincón, le propuso á los pocos días el pago al contado de lo que le debía, haciéndole un beneficio, y consintiendo en ello Rincón suscribió el documento de cesión á favor de la Doña Teresa, escrito de mismo puño y letra de Sureda, quedando el contrato pendiente, porque no entregó á Rincón cantidad alguna por estar enfermo y después por haber fallecido; que la Doña Teresa, á pesar de constarle la existencia del abintestato de Sureda, no se presentó á ejercitar derecho alguno en aquellos autos, y por el contrario, había manifestado en distintas ocasiones judicialmente que á Sureda le pertenecía la tercera parte, poco más ó menos, de la casa núm. 21 de la calle de los Reyes, en la que con aquél vivía la demandante; que Rincón se presentó á suscribir el documento de 22 de Octubre de 1877, sugerido por las excitaciones de Sureda, que le prometió el pago al contado de los 49.658 rs. 72 céntimos que le debía, y por la confianza que le inspiraba por sí ó como pariente, pero nunca porque contratara con Doña Teresa ni recibiera de ella cantidad alguna; que por tales razones Rincón se negaba al otorgamiento del documento público solicitado por la Doña Teresa, que era objeto de la demanda, así como á entregarle cantidad alguna como devolución ni abono daños y perjuicios, toda vez que no había recibido ninguna, ni tampoco le ha inferido daño ni perjuicio, y como fundamentos de derecho alegó las leyes 1ª, tít. 16, Partida 7ª, y 57, tít. 5°, Partida 5ª, y la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 20 de Mayo de 1864, sobre dolo en los contratos, porque si Sureda no hubiera manifestado á Rincón que le pagaría al contado 30.000 rs. por su crédito mediante el contrato privado, no hubiera firmado el documento que lo representa; la ley 14, tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilación, el art. 3° de la ley Hipotecaria, y el 190 del Reglamento para la administración del impuesto de Derechos reales de 14 de Enero de 1873, la ley 8ª, tít. 5°, Partida 5ª, porque la Doña Teresa no contrató con Rincón ni de palabra, ni por carta, ni por medio de demandadero, y el último no consintió en la venta ó cesión de que se trata, sino mediante un precio que no ha recibido, y por lo tanto no existia tal contrato entre la demandante y el demandado; que el contrato sinalagmático de compra venta coloca al comprador en la condición de deudor, según la ley 28, título y Partida antes citadas:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes insistiendo en sus anteriores pretensiones se recibió el pleito a prueba, y practicadas las propuestas por aquéllas el Juez de primera instancia dictó sentencia, que fué confirmada por la Sala primera de la Audiencia en 5 de Diciembre de 1882, absolviendo á D. Eugenio del Rincón de la demanda interpuesta por Doña Teresa Larrosa, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que Doña Teresa Larrosa Martínez interpuso recurso de casación por conceptuar infringidos:

1° La jurisprudencia proclamada por este Tribunal Supremo, entre otras decisiones, en la de 25 de Abril de 1867 acerca de un derecho por precio cierto de un contrato de venta con arreglo á las leyes 1ª, 10 y 11, tít. 5° de la Partida 5ª, y de que la sentencia que califica de cesión dicho acto, infringe las expresadas leyes, porque la trasmisión de los derechos que Rincón hizo á Doña Teresa, mediando como medió pre-

cio cierto y determinado, no constituye una cesión, sino un contrato de venta con arreglo á las leyes y jurisprudencia citadas, aseveración que aparece más incuestionable, cuanto que la enajenación versó no sobre créditos, sino sobre una parte perfectamente determinada de un inmueble cual lo era la que en su hijuela materna se había adjudicado á Sureda en la casa núm. 21 de la calle de los Reyes, y la Sala sentenciadora, sin embargo, en uno de sus considerandos, suponiendo que el contrato de 22 de Octubre de 1877 no contiene sino una cesión, ha confundido la naturaleza y la índole del contrato de compra venta que siempre existe donde hay precio cierto y cosa determinada, con la teoría de la subrrogación aplicable sólo á la cesión de las acciones que de los créditos se desprenden:

2° Por el propio motivo y en igual concepto las mismas leyes 1ª, 10 y 11, tít. 5°, Partida 5ª, en que descansa dicha jurisprudencia y que establecen lo que puede ser objeto del contrato de compra venta toda vez que el convenio celebrado entre D. Eugenio del Rincón y Doña Teresa Larrosa en el documento privado de 22 de Octubre de 1877 cae y debe caer bajo el dominio de estas disposiciones:

3° La ley 14, tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilación, que prescribe que las enajenaciones de bienes inmuebles han de constar imprescindiblemente en instrumento público, y la jurisprudencia sancionada en sentencias de 30 de Junio de 1854 y 11 de Marzo de 1864, acerca de que «todo contrato de compraventa queda perfecto y obligatorio por el simple consentimiento de las partes en la cosa y el precio, teniendo desde entonces aquéllas el derecho recíproco de pedir que se reduzcan á escritura pública:» que la existencia de esta infracción se demuestra por sí misma, puesto que en buenos principios de derecho no puede ocurrir duda de ninguna especie respecto de la necesidad de que, previo el otorgamiento del correspondiente instrumento público por los herederos de Sureda á favor de Rincón, eleve éste también á escritura pública el documento de 22 de Octubre de 1877 á favor de la recurrente; y sin esfuerzo se descubre el nuevo error que ha cometido la Sala sentenciadora en otro de los considerandos al afirmar que Doña Teresa Larrosa no debe dirigirse contra Rincón, con quien se celebró el contrato, sino contra los herederos de Sureda con los que nada ha convenido:

4° La ley 28, tít. 5°, Partida 5ª, que impone al vendedor la obligación de entregar al comprador lo que haya sido objeto de la venta, así como también el axiomático principio proclamado en sentencia de 12 de Octubre de 1860, de que incumbe al vendedor allanar los obstáculos que se opongan á la entrega de la cosa vendida, y á que no verificándolo oportunamente tiene derecho el comprador á la devolución del precio, con los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado por su culpa:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que conforme á la ley 38, tít. 5°, Partida 5ª, son obligatorias todas las condiciones establecidas en el contrato de compra venta si no se oponen á las leyes ó á las buenas costumbres, y es asimismo doctrina de jurisprudencia que las obligaciones y contratos han de entenderse según los términos en que se hallan redactados, sin extenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado expresamente:

Considerando que, como queda expuesto en los precedentes párrafos, el recurrido en el documento privado de 22 de Octubre de 1877

fundamento de la demanda, después de hacer mérito del origen, importancia y garantías de su crédito contra Sureda, y de los motivos que le determinaban á enajenarlo, expresó con toda claridad que cedía á Doña Teresa Larrosa sus derechos en dicho crédito y juicio convenido en el día 11 del mismo mes y año por la cantidad de 30.000 rs. que recibía en el acto, sin alterar en nada las condiciones restantes del susodicho juicio convenido, que al efecto podría la adquisidora hacer valer en su día, á cuyo fin y seguridad extendía de conformidad y daba aquel resguardo:

Considerando que si bien la parte recurrente en el acto de conciliación, apreciando exactamente los derechos que había adquirido, se limitó á pedir que D. Eugenio del Rincón y Sánchez se prestase á elevar á escritura pública el documento privado de 22 de Octubre de 1877, extendió luego la demanda á cosas no estipuladas en el mismo y por este concepto fué desestimada por la Sala sentenciadora:

Considerando que, cualesquiera que sean los razonamientos de la sentencia recurrida, no se da contra ellos recurso de casación, y que su parte dispositiva no infringe las leyes y doctrinas legales que se invocan en los motivos 1° y 3°, puesto que no niega que la trasmisión de un derecho por precio cierto es un contrato de venta, sujeto á las prescripciones que regulan los contratos de esta clase, sino que teniendo en cuenta los términos y condiciones con que fué estipulado, que son la primera ley para los contratantes, en cuanto no se oponen á los preceptos del derecho ni de la moral, resuelve que D. Eduardo Rincón no viene obligado á la serie de actos y de diligencias á que se pretende sujetarle:

Considerando que para sostener el recurso de casación no es lícito alterar la naturaleza de las cuestiones litigiosas decididas en los fallos recurridos, y que no habiendo sido cuestión del pleito el otorgamiento de una escritura pública en que Rincón, vendedor de sus derechos contra Sureda, ratificase el contenido del documento de 22 de Octubre de 1877, sino si, dados los términos y consecuencias del contrato, estaba tambien obligado á gestionar en la testamentaría y con los herederos de Sureda á la manera que la recurrente solicitaba, la sentencia no contiene las infracciones que se exponen en los motivos 3° y 4° del recurso, porque, como queda dicho, estas cuestiones tienen que subordinarse á lo pactado en aquel contrato que la recurrente aceptó sin oposición alguna;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Teresa Larrosa Martinez, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que, caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá en la forma prevenida por la ley: líbrese á la Audiencia de esta corte la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos por la misma.—(Sentencia publicada el 25 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Enero de 1884.)

297

Recurso de casación (25 de *Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —NULIDAD DE LA ADJUDICACIÓN DE UN MAYORAZGO.—No ha lugar al interpuesto por Doña María de los Santos y Doña Jacinta Massa Sanguineti con el Conde de Guendulaín (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que si desde el restablecimiento de la legislación desvinculadora hasta la demanda en que se piden unos vínculos han trascurrido más de 30 años, en su virtud la prescripción ha puesto término á las acciones sobre bienes que fueron vinculados, porque la ley 45 de Toro quedó sin aplicación desde 30 de Agosto de 1836, haciéndose desde entonces prescriptible en el tenedor de las cosas vinculares lo que antes no lo era:*

2° *Que por tanto, son inaplicables y no han podido infringirse por la sentencia que así lo estima, las doctrinas del Tribunal Supremo en que se declara que como consecuencia necesaria del carácter ordinario de perpetuidad inherente á los mayorazgos, faltando los llamados á suceder en la fundación entran á suceder, siempre que el fundador no haya manifestado ser otra su voluntad, los demás parientes suyos aunque carezcan de las cualidades por él exigidas; y llegado este caso el mayorazgo se reputa como regular aunque los primeros llamamientos lo hubiesen hecho separar de las cualidades de los de esta clase dándole el carácter de irregular, y que la voluntad del fundador es la ley á que deben sujetarse las sucesiones en los vínculos, que afectan al fondo de un asunto de que ya no puede tratarse; así como también las que establecen que la excepción de cosa juzgada sólo tiene lugar cuando es una misma la cosa litigiosa, la acción intentada y los litigantes ó personas justiciables, y que, cuando terminado un pleito por sentencia ejecutoria, se litiga sobre la misma cosa, pero no por diversa razón ó causa de pedir, no se falta al respeto de la cosa juzgada, fallando el segundo juicio contra el litigante que triunfó en el primero, referentes á uno de los razonamientos de la sentencia, que es innecesario examinar, una vez cerrada la puerta por medio de la prescripción extintiva de las acciones:*

Y 3° Que no es de estimar el motivo en que no se cita ley alguna, y en que sin razón se niega congruencia al absolverse á la parte con quien se ha litigado, como si esa absolución no envolviera la denegación de las pretensiones del actor.

En la villa y corte de Madrid, á 25 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Toledo y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte por Doña María de los Santos y Doña Jacinta Massa y Sanguineti, vecinas de Toledo, con Don Joaquín Ignacio Mencos Manso de Zúñiga, Conde de Guendulaín, propietario, vecino de Pamplona, como patrono de la capilla de San José de Toledo, en la actualidad con sus hijos y herederos, sobre nulidad de la adjudicación hecha de cierto mayorazgo á la mencionada capilla; pendiente en este Tribunal Supremo, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Andrés de Ta-

vira y el Procurador D. Miguel Urdiales, en defensa y representación de las demandantes; habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. R. Vinader y el Procurador D. Pablo Soler y Soler:

Resultando que en 13 de Octubre de 1650 otorgó testamento en esta corte D. Pedro Santiago Sanguineto, en el cual, con facultad Real, fundó un mayorazgo para cuya sucesión llamó á su hijo D. Rafael y á sus descendientes por el orden regular; después de extinguida esta línea, á su hermano D. Juan Francisco y á los suyos, y á falta de éstos á los hijos, hijas, nietos y descendientes legítimos de sus tíos D. Agapito y D. Juan Francisco, vecinos de la ciudad de Génova, con otros llamamientos posteriores:

Resultando que en 19 de Setiembre de 1673 D. Juan Francisco Sanguineto, hermano del anterior, estableció también mayorazgo previa la Real licencia, y en él hizo los siguientes llamamientos: en primer lugar llamó á su hijo D. Antonio y á sus hijos y descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, y no de otra manera perpetuamente, prefiriendo el mayor al menor y el varón á la hembra, y la línea del último poseedor á todas las otras líneas en la forma regular; después del dicho D. Antonio Sanguineto y sus descendientes varones y hembras, llamó sucesivamente á su hija Doña Teresa, á su otra hija Doña Juliana, á su sobrino D. Rafael, á su cuñado D. Martín Zayas Rivadeneira y á los hijos de su primo D. Gabriel Bocángel, todo con las condiciones de regularidad y legitimidad establecidas respecto del primer llamado, después de lo cual dijo: «Y en falta de todas las líneas que dejo llamadas y de los sucesores de los que quedan llamados, no habiendo persona que conforme á estos llamamientos que he hecho, pueda ó deba suceder, es mi voluntad que la hacienda toda de este mayorazgo se agregue y junte á la que tiene y tuviere la capilla de San José de Toledo; diciéndose, por último, en la fundación que en el mayorazgo no sucediera ningún hijo bastardo ni espúreo, ni natural de los poseedores de él, sino que habían de ser legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, y que la proximidad se considerase respecto del último poseedor ó después de su muerte, ora fuese trasversal ó descendente en cualquier grado, aunque no fuese descendiente del fundador ni del último poseedor y estuviese fuera de los grados en que el derecho permite la representación de los trasversales:

Resultando que en Real cédula del Rey Felipe V de 15 de Diciembre de 1711 se concedió licencia á D. Antonio Sanguineto y Zayas para que después de agregar é incorporar el título de Marqués de San Antonio de que se le había hecho merced á los mayorazgos que fundaron D. Pedro Jácome y D. Juan Francisco Sanguineto, de que era poseedor, para que anduviese con ellos perpetuamente bajo las cláusulas y condiciones con que estaban y andaban y los demás bienes de los mismos, pudiese imponer cierto censo sobre el oficio del Regidor de Madrid correspondientes á aquellos mayorazgos: cuya licencia se hizo extensiva en otra Real cédula de 23 del mismo mes y año para que el indicado censo pudiese ser impuesto sobre todos los bienes de dichas vinculaciones, y en virtud de tales facultades otorgó escritura D. Antonio Sanguineto en 29 del mismo mes de Diciembre, por la que agregó é incorporó á los mayorazgos susodichos de que era poseedor el título de Marqués de San Antonio para que quedase agregado, unido é incorporado á ellos para siempre, con los mismos cargos, obligaciones,

restituciones, cláusulas, condiciones, llamamientos y gravámenes contenidos y declarados en aquellas fundaciones:

Resultando que por fallecimiento sin sucesión de D. Antonio Carpera, Marqués de San Antonio de Mira el Río, se declaró por el Alcalde Corregidor de Toledo, en auto de 14 de Febrero de 1783, que conforme á las cláusulas de la fundación de D. Juan Francisco Sanguineto había recaído el mayorazgo en la capilla de San José de aquella ciudad; y en su consecuencia se mandó dar y se dió posesión á dicha capilla de las fincas conocidas del mayorazgo:

Resultando que por sentencia del Corregidor y Justicia Mayor de Toledo de 1º de Julio de 1784 se declaró que el patronato de la capilla de San Jósé y sus agregados pertenecía á Doña María Magdalena Abarca y Zayas, consorte de D. Joaquín José Ayán y Mencos, Conde de Guendulaín, á quienes en su consecuencia se dió posesión en 30 de Agosto del mismo año del patronato de la mencionada capilla, así de lo referente á su primitiva fundación, como de los demás vínculos, fundaciones, mayorazgos y patronatos y agregados á la capilla:

Resultando que en 2 de Octubre de 1872 dedujeron demanda en el Juzgado de Toledo Doña María de los Santos y Doña Jacinta Massa Sanguineti para que se condenase en su día á D. Ignacio Mencos, Conde de Guendulaín, á entregarles, como sucesoras que eran en todos los derechos de los mayorazgos de los Sanguineti y sus agregados, en virtud de cesión que los habían hecho sus hermanos D. Carlos y D. Jorge, la capilla de San José, ó sea su patronato, y todos los demás bienes que constituían su dotación con los frutos y rentas; y sustanciada esta demanda por todos sus trámites con presencia del Conde de Guendulaín que se opuso á ella, dictó sentencia el Juez de primera instancia de Toledo en 7 de Setiembre de 1876, que se hizo firme, absolviendo de ella al Conde de Guendulaín y condenando á los demandantes á perpetuo silencio:

Resultando que en 26 de Agosto de 1878 las mismas hermanas Massa Sanguineti dedujeron nueva demanda contra el mismo Conde de Guendulaín con la solicitud de que se declarase en definitiva que la adjudicación del mayorazgo fundado por D. Juan Francisco Sanguineto, hecha en el siglo pasado á favor de la Capilla de San José fué nula; que á la muerte de D. Alfonso Carnero recayó la sucesión del mayorazgo en la línea de D. Esteban Sanguineto, y que á las demandantes correspondían hoy los derechos á la expresada vinculación como cesionarias de sus hermanos D. Carlos y D. Jorge; á cuyo efecto alegaron que adjudicado el mayorazgo en cuestión á la capilla de San José por el fallecimiento sin hijos de D. Alfonso Carnero Sanguineto, lo pretendió D. Manuel Nicolás Sanguineti, y la Real Chancillería de Granada mandó en 1783 poner en secuestro la vinculación; que el vínculo fundado por D. Pedro Jácome Sanguineto, pasó á la muerte de Carnero á la línea de D. Juan Francisco, y por escritura de 17 de Mayo de 1824 D. Damián Martín Marcelo Saulé, descendiente de este último, renunció todos sus derechos á este mayorazgo y al de D. Juan Francisco á favor de D. Septimio Sanguineti, entendiéndose la cesión únicamente de las rentas durante la vida del donante; que habiendo reclamado D. Septimio de la capilla de San José el mayorazgo de D. Juan Francisco, se otorgó entre ambas partes una escritura de transacción en 8 de Octubre de 1828, que por fin no se llevó á efecto; que absueltos en 20 de Marzo de 1851 los hermanos Sauli por el Juzgado de primera instancia del distrito de

Maravillas de esta corte de una demanda que dirigió contra ellos Don Septimio sobre mejor derecho á los susodichos mayorazgos, otorgaron una escritura en 8 de Agosto de 1859, por la que ratificaron á favor de D. Carlos Massa Sanguineti, nieto por línea femenina de D. Septimio, la cesión que D. Damián Marcelo había hecho á favor de éste de todos sus derechos á las referidas vinculaciones, ampliando la ratificación hasta el punto de que la cesión se entendiese ya desde entonces como definitiva, que por escritura de 5 de Febrero de 1870 D. Carlos y Don Jorge Massa, hermanos de los demandantes, las cedieron en pago de legítimas todos sus derechos á los bienes que quedasen de las vinculaciones de D. Pedro Jácome y D. Juan Francisco Sanguineto; que en 1836 la Administración general del Estado obligó á D. José Massa, marido de Doña Nicolasa Sanguineti, hija ésta de D. Septimio, cesionario como se deja dicho de los hermanos Sauli, y como tal poseedor del mayorazgo de D. Pedro Jácome, á que pagase los derechos de lanzas y medias annatas correspondientes al Marquesado de San Antonio; que á la muerte de D. Alfonso Carnero debió recaer la sucesión en la descendencia de Don Esteban Sanguineti; pues si bien era verdad que no fueron llamados nominalmente en la fundación, ni éste ni sus hijos Juan, Esteban, Agapito y Juan Francisco, también era evidente que el fundador llamó con la palabra sucesión á los parientes laterales de las personas llamadas nominalmente con preferencia á la capilla de San José; y como dicho Don Esteban, á quien representaban las demandantes como cesionarias de sus hermanos, era pariente colateral, y por lo tanto sucesor con derecho preferente al de la capilla de San José, era claro que la adjudicación hecha á ésta del mayorazgo de D. Juan Francisco fué nula como contraria á la voluntad del fundador, y que habiéndose reunido en D. Antonio Sanguineto los dos mayorazgos susodichos, á los que tuvo que agregar en virtud de las Reales cédulas de 15 y 23 de Diciembre de 1711 el título de Marqués de San Antonio, y teniendo cada una de dichas vinculaciones inseparables diversos llamamientos, no había más remedio que declarar que la nueva vinculación debía reputarse desde entonces como regular, y que la línea de D. Esteban Sanguineto, y no la capilla de San José, era la llamada á suceder á la muerte de Carnero con arreglo á la ley de sucesión á la Corona:

Resultando que el Conde de Guendulaín, como patrono de la susodicha capilla, dijo en oposición á la demanda que desde 30 de Agosto de 1784 habían venido sus antecesores en la quieta y pacífica posesión del patronato de dicha capilla, y como tales, en la de los bienes de las fundaciones de los Sanguinetos y demás agregados á la misma; que dictadas las leyes desamortizadoras, promovió su padre el expediente oportuno para que se le adjudicasen los bienes de la dotación del indicado patronato y sus agregados, y así se decretó en Real orden de 8 de Mayo de 1843; que las mismas demandantes habían seguido otro pleito con el actual demandado, que había terminado por la sentencia firme de 7 de Setiembre de 1876, que producía en éste la excepción de cosa juzgada; que no obstante pedirse en la demanda la nulidad de la adjudicación hecha á la capilla del mayorazgo de D. Juan Francisco, no se invocaba ninguna circunstancia de las que producen en derecho nulidad; que en la fundación de que se trata se llama á la capilla de San José después de las seis líneas llamadas; que la Real cédula del Rey Felipe V de 15 de Diciembre de 1711 no modificó ni pudo modificar las cláusulas de la fundación, sobre todo no habiendo habido conflicto ni

discusión sobre la sucesión en el Marquesado de San Antonio; y que por el trascurso de cerca de 100 años, ó cuando menos por el de 42 trascurridos en el caso presente, se prescriben todas las acciones, así reales como personales; y por un otrosí pidió que por vía de reconvención y en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que dejaba expuestos, se completase el fallo definitivo que se dictase con la declaración de ser el Conde de Guendulaín dueño de los bienes constitutivos de la dotación del mayorazgo de D. Juan Francisco Sanguineto:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte en 31 de Enero próximo pasado confirmatoria con las costas de la que había dictado el Juzgado, absolviendo á Don Joaquín Ignació Mencos, Conde de Guendulaín, y por su defunción á sus herederos ó causa habientes, de la demanda deducida por Doña Jacinta y Doña María de los Santos Massa Sanguineti; y declarando ser dicho Conde dueño de los bienes que constituyen la dotación del mayorazgo objeto de dicha demanda:

Resultando que Doña María de los Santos y Doña Jacinta Massa Sanguineti interpusieron recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1° En la infracción de la doctrina legal establecida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 1° de Abril de 1862, en la que se declara que como consecuencia necesaria del carácter ordinario de perpetuidad inherente á los mayorazgos, faltando los llamados á suceder en la fundación entran á suceder siempre que el fundador no haya manifestado ser otra su voluntad los demás parientes suyos aunque carezcan de las cualidades por él exigidas; y llegado este caso el mayorazgo se reputa como regular aunque los primeros llamamientos lo hubiesen hecho separar de las cualidades de los de esta clase dándole el carácter de irregular; porque si bien es cierto que el mayorazgo fundado por D. Juan Francisco Sanguineto podría calificarse de irregular en vista de las diversas líneas á quienes llamó para suceder en él, no es menos cierto que extinguidas estas líneas el mayorazgo se reputa como regular y deben entrar á suceder en él los parientes trasversales, así como en la de la doctrina consignada en la sentencia de 21 de Enero de 1851 de que cuando está constituído un mayorazgo en cabeza de una persona y de los descendientes de la misma por el orden de sucesión regular, muerto el llamado sin descendencia tienen derecho á suceder sus parientes más próximos cuando lo son por la línea del fundador; puesto que parientes son los recurrentes de D. Antonio, Doña Teresa y Doña Juliana Sanguineto por la línea de su padre D. Juan Francisco:

2° En haber sido infringida por las razones últimamente expuestas la doctrina legal de que la voluntad del fundador es la ley á que deben sujetarse las sucesiones en los vínculos, establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Junio de 1852:

3° En haberlo sido asimismo la establecida en la de 25 de Noviembre de 1864 de que aprobada la fundación de un mayorazgo por la autoridad Real, en uso de las facultades legislativas que según el régimen constitucional de la Monarquía la correspondían, la misma autoridad pudo modificarla cuando y como tuvo por conveniente, en el concepto de que agregado por D. Antonio Sanguineto y Zayas á los Mayorazgos de que era poseedor, fundados por D. Pedro Jácome y D. Juan Francisco Sanguineto, el título de Marqués de San Antonio de Mira el Río para que anduviese con ellos perpetuamente con las cláusulas,

vínculos y condiciones con que andaban los demás bienes de ellos, en uso de la autorización que al efecto le concedió el Rey Felipe V en la Real cédula de 15 de Diciembre de 1711, se vino á constituir una vinculación única en la que debían suceder los sucesores y descencientes de D. Antonio Sanguineto por el orden regular, aunque con ellos se variasen en algo las reglas que para la sucesión en alguno de los mayorazgos habían fijado sus respectivos fundadores:

4º En haber sido infringida la ley 45 de Toro, y el principio de que lo que es nulo por la ley, no puede hacerse válido por el trascurso del tiempo, establecido en la sentencia de 21 de Enero de 1865; porque declara la recurrida en su último considerando que la acción deducida por las recurrentes había prescrito cuando se interpuso la demanda, y según la ley de Toro citada, que es la 1ª, tít. 24, libro 11 de la Novísima Recopilación, jamás prescribe la acción que para reclamar un mayorazgo compete al que tiene derecho á suceder en él, pues si bien los bienes vinculados quedaban reducidos á la clase de libres desde la fecha del restablecimiento de las leyes desvinculadoras, y por lo tanto sujetos á las prescripciones del derecho común, hay que tener en cuenta que la demanda interpuesta no se ha dirigido á los bienes, sino única y exclusivamente á conseguir la declaración de nulidad de la adjudicación del mayorazgo á la capilla de San José:

5º En la infracción de las doctrinas sentadas en las sentencias de casación de 29 de Octubre de 1857 y 8 de Enero de 1861, de que la excepción de cosa juzgado sólo tiene lugar cuando es una misma la cosa litigiosa, la acción intentada y los litigantes ó personas justiciables, y de que, cuando terminado un pleito por sentencia ejecutoria, se litiga sobre la misma cosa; pero por diversa razón ó causa de pedir, no se falta al respeto de la cosa juzgada, faltando el segundo juicio contra el litigante que triunfó en el primero; en el concepto de que se dice también en la sentencia recurrida que la pretensión de las recurrentes para suceder en la vinculación de que se trata fué ya objeto del pleito seguido por las mismas, con el fin de que se las declarase sucesoras en el patronato de la capilla de San José, fundado por D. Martín Ramírez:

6º En la falta de congruencia que resulta entre la sentencia y la demanda, porque ésta se ha dirigido contra la capilla de San José, á quien se hizo la adjudicación del mayorazgo de Sanguineto, y en aquélla se absuelve al Conde de Guendulaín, y en la actualidad á sus herederos ó causa habientes;

Y 7º En el error de hecho y de derecho en que incurre la sentencia recurrida al apreciar las pruebas, declarando como consecuencia de dicha apreciación que existe la excepción de cosa juzgada antes referida, que se evidencia con el simple examen de las dos demandas y de las dos sentencias, y aun con la simple indicación que acerca de aquel pleito se hace en la sentencia recurrida:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que desde el restablecimiento de la legislación desvinculadora hasta la demanda actual, y aun hasta la anterior de 1872 han trascurrido más de 30 años, y que en su virtud la prescripción ha puesto término á las acciones sobre bienes que fueron vinculados, porque la ley 45 de Toro, que se supone infringida en el cuarto motivo, quedó sin aplicación desde 30 de Agosto de 1836, haciéndose desde entonces prescriptible en el tenedor de las cosas vinculares lo que antes no lo era:

Considerando, por tanto, que son inaplicables y no han podido in-

fringirse las doctrinas expuestas en los motivos 1°, 2° y 3°, que afectan al fondo de un asunto de que ya no puede tratarse, así como también las de los motivos 5° y 7°, referentes á uno de los razonamientos de la sentencia que es innecesario examinar, una vez cerrada la puerta por medio de la prescripción extintiva de las acciones:

Considerando, en fin, que no es de estimar el sexto motivo en que no se cita ley alguna, y en que sin razón se niega congruencia al absolverse á la parte con quien se ha litigado, como si esa absolución no envolviera la denegación de las pretensiones del actor;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María de los Santos y Doña Jacinta Massa Sanguineti, á quienes condenamos al pago de las costas, y para el caso en que mejoren de fortuna al de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 25 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Enero de 1884.)

298

Recurso de casación en asunto de Ultramar (*27 de Octubre de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—No ha lugar al interpuesto por D. Aniceto Trespalacios con Doña Rafaela Fernández Pellón (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que no habiéndose impugnado con arreglo á la ley la apreciación de la prueba, hecha por la Sala sentenciadora, estimando que la obligación de un marido es personal, hay que estar y atenerse necesariamente á ella al decidir el recurso;*

Y 2° Que las leyes 3ª y 5ª, tít. 4°, libro 10 de la Novísima Recopilación, la doctrina legal que consigna el principio de que los frutos y las rentas de los bienes privativos de cada uno de los cónyuges son de ambos en común y pertenecen á la sociedad conyugal, y la que establece que cuando no se prueba por la tercerista que el préstamo hecho á su marido se invirtió en provecho exclusivo de éste, es indudable que los frutos y rentas que produzcan los bienes aportados por uno y otro cónyuge, cualquiera que sea su procedencia y denominación, pueden embargarse y venderse para pagar aquellos créditos, porque se presume que se han contraído é invertido en beneficio común; no se refieren al caso en que la obligación aparece contraída exclusivamente por el marido, sin que haya redundado en provecho de la sociedad conyugal, ni servido para atender á las cargas del matrimonio.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Cerro de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por Doña Rafaela Fernández Pellón, propietaria, con D. Aniceto Trespalacios y Díaz, comerciante, y con D. Diego Truebas, vecinos todos de dicha ciudad, sobre tercería de dominio; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Cándido Nocedal y el Procurador D. Manuel de Diego en defensa y representación de Trespalacios; ha-

biendo sido defendida y representada en este recurso la demandante Doña Rafaela por el Licenciado D. Rafael María de Labra y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana:

Resultando que en virtud de un pagaré de 4.907 pesos en oro, librado por la Sociedad de *Iturralde y Madrazo* á la orden de Rosenda Rodríguez y Compañía, garantizado como fiador principal pagador por D. Diego Truebas, procedió contra éste en la vía ejecutiva D. Aniceto Trespalacios, á quien había sido endosado, y fué embargada la mitad de los alquileres de las casas número 12 de la calle de Mercaderes y número 1 de la de Teniente Rey de la propiedad, en su mitad de Doña Rafaela Fernández Pellón, mujer del ejecutado Truebas, en concepto de parafernal procediendo de su herencia materna:

Resultando que en su consecuencia dedujo Doña Rafaela en 8 de Abril de 1880 la demanda que ha dado origen al presente pleito, con la solicitud de que se declarase en definitiva que los alquileres de las susodichas casas embargadas en su mitad por Trespalacios eran de su exclusiva propiedad, y se dispusiese el alzamiento de tal embargo y la devolución de los alquileres que se hubiesen percibido por el recaudador ó depositario, condenando al ejecutante Trespalacios á la indemnización de daños y perjuicios y al pago de las costas; alegando al efecto que la mitad de dichas casas pertenecían á sus parafernales como habida después de su matrimonio con Truebas por herencia de su legítima madre Doña Teresa Esmalt; que de ello tenía noticia el demandado Trespalacios, según constaba en la misma diligencia de embargo, y que á pesar de esto y de no deberle nada la demandante, se había negado á alzar el embargo:

Resultando que D. Aniceto Trespalacios se opuso á la demanda fundado en que la ley 17, tít. 11, Partida 4ª, declara que los frutos ó rentas de los bienes parafernales son comunes á la sociedad conyugal mientras subsista el matrimonio; en que las 3ª y 5ª, tít. 4º de la Novísima Recopilación establecen que constituyen bienes gananciales pertenecientes á la sociedad conyugal los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio ó adquiridos después, bien sea por título oneroso ó lucrativo, y en que la ley 14, tít. 20, libro 3º del Fuero Real y la sentencia de casación de 22 de Setiembre de 1859, previene que son cargas y obligaciones de la sociedad legal las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido ó por la mujer debidamente autorizada:

Resultando que D. Diego Truebas apoyó la pretensión de la demanda alegando que la cantidad importe del pagaré que dió lugar á la ejecución en que había tenido lugar el embargo ingresó en su totalidad en poder de la Sociedad Iturralde y Madrazo, sin que hubiese tenido participación alguna en tal negociación y mucho menos su mujer Doña Rafaela; que por lo tanto, no habiendo redundado en beneficio de ésta ni tampoco para llenar y cumplir las cargas de la sociedad conyugal, no podía producir obligación alguna contra la demandante ni obligar sus bienes propios; que si bien los frutos y rentas de los bienes parafernales pasan á ser gananciales, es con el fin de atender á las necesidades del matrimonio, que son en primer lugar el mantenimiento de la familia y educación de los hijos, según la ley 2ª, tít. 19, Partida 4ª; que si bien los gananciales pueden responder en algún caso de las deudas contraídas por algunos de los cónyuges siempre que se pruebe que se contrajeron en provecho de la sociedad legal, no puede procederse

contra ellos sino después de practicada la liquidación del caudal, la cual no puede tener lugar sino por la disolución del matrimonio; y que si bien la ley 14, tít. 20, libro 3° del Fuero Real previene que toda deuda que el marido ó mujer contraigan durante el matrimonio la abonen, no se refiere á los gananciales; y en el supuesto contrario siempre se entendería que hasta después de la disolución del matrimonio no podría saberse si aquella deuda se sacaba de los gananciales ó del capital peculiar del cónyuge que la contrajo, porque hasta dicha época no es dable practicar la liquidación, conforme tiene declarado este Tribunal Supremo, y sobre todo porque el sostenimiento de la familia y educación de los hijos es carga más preferente de la sociedad conyugal:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos dos instancias, dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana sentencia revocatoria, declarando haber lugar á la demanda de tercería de dominio entablada por Doña Rafaela Fernández Pellón á consecuencia de los autos ejecutivos seguidos por D. Aniceto Trespalacios y Díaz contra D. Diego Truebas, y mandando en su consecuencia alzar los embargos practicados, dejando los bienes que fueron y son del exclusivo dominio de Doña Rafaela á la libre disposición de ésta:

Resultando que contra esta sentencia interpuso D. Aniceto Trespalacios recurso de casación, citando como infringidas:

1° Las leyes 3ª y 5ª, tít. 4°, libro 10 de la Novísima Recopilación, en el hecho de afirmar la sentencia recurrida que los frutos de los bienes parafernales de la esposa son de su exclusivo dominio:

2° La doctrina legal que consigna el principio de que los frutos y las rentas de los bienes privativos de cada uno de los cónyuges son de ambos en común y pertenecen á la sociedad conyugal; sancionado tal principio en sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de Noviembre y 9 de Diciembre de 1864, 23 de Abril y 8 de Octubre de 1866, 1° de Marzo de 1867, 11 de Julio de 1881, y en otras varias;

Y 3° La doctrina legal establecida como jurisprudencia en la sentencia de este mismo Tribunal de 11 de Julio de 1881 y en otras varias, de que cuando no se prueba por la tercerista que el préstamo hecho por su marido se invirtió en provecho exclusivo de éste, es indudable que los frutos y rentas que produzcan los bienes aportados por uno y otro cónyuge, cualquiera que sea su procedencia y denominación, pueden embargarse y venderse para pagar aquellos créditos, porque se presume que se han contraído ó invertido en beneficio común:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la Sala sentenciadora no ha aceptado los fundamentos de derecho consignados en el fallo del Juzgado de primera instancia, en los cuales apreciaba éste el resultado de las pruebas practicadas por las partes, sino que, por el contrario, establece claramente en uno de los considerandos de la sentencia objeto del recurso que la obligación de que se trata es personal del marido D. Diego Truebas, desprendiéndose del conjunto de dicha sentencia que en concepto de la Sala Truebas no recibió el dinero importe del pagaré, y solamente se obligó como fiador principal pagador:

Considerando que no habiéndose impugnado con arreglo á la ley la indicada apreciación de la prueba, hay que estar y atenerse necesariamente á ella al decidir el recurso:

Considerando que por consecuencia de lo expuesto, las leyes y

jurisprudencia que el recurrente cita como infringidas, no lo han sido en realidad porque no se refieren al caso del presente recurso, en que la obligación aparece contraída exclusivamente por el marido, sin que haya redundado en provecho de la sociedad conyugal, ni servido para atender á las cargas del matrimonio;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Aniceto Trespalacios Díaz, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Enero de 1884.)

299

Recurso de casación (27 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —PAGO DEL SALDO DE UNA CUENTA.—Ha lugar en parte al interpuesto por Anacleto Bolívar, con D. Manuel Lezama y otro (Audiencia de Búrgos), y se resuelve:

1° *Que si para apreciar y fijar el saldo de la liquidación de cuentas presentadas por el demandante, ha tenido presente la Sala sentenciadora, no sólo las cartas aducidas por aquél, sino las demás pruebas practicadas; y atemperándose á su resultado, estima que no puede cargar en la cuenta como recibido y suplido por el demandado más que una cantidad y desecha las demás impugnaciones hechas por éste; son inaplicables al caso, y por ello no han podido ser infringidas la doctrina legal de que hay que atenerse al sentido literal de los documentos que se aducen por las partes y la ley* 7ª, *tít.* 10 *de la Partida* 5ª:

2° *Que si la cuenta presentada, cuyo saldo es el objeto de la demanda contiene dos partidas: una por capital y otra por intereses de ese capital á razón de* 5 *por* 100; *habiéndose estimado en la sentencia la rebaja de parte del capital, ha debido rebajarse en esta proporción los intereses, como también subsanarse el error de número en el tiempo por que han sido devengados; y al no verificarlo así la sntencia recurrida, infringe la ley y doctrina anteriormente citadas*:

3° *Que por la misma razón de haberse sacado á una suma capital é intereses y condenado al pago de éstos por el total que aquélla arroja, se ha infringido el art.* 7° *de la ley de* 14 *de Marzo de* 1856, *que ordena no se paguen intereses de intereses, á no ser que se capitalicen y se estipulen nuevos réditos sobre el aumento del capital*;

Y 4° *Que el art.* 8° *de la citada ley de* 14 *de Marzo de* 1856 *no es aplicable si la condenación al pago de intereses no reconoce por causa el haberse constituído el deudor en mora, sino porque estaban probados.*

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Octubre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. Manuel de Lezama Leguizamón y Aldama, propietario, vecino de Bilbao, y D. Feliciano de Grisi y Larrabe, labrador, vecino de Echevarri, con D. Anacleto Martínez Bolívar, del comercio de Bilbao, sobre pago de saldo de cuenta; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Narciso de Olaneta y el

Procurador D. José María Aguirre, en defensa y representación de Martín Bolívar, habiendo sido defendidos y representados en este recurso los demandantes por el Licenciado D. Aureliano Linares Rivas y el Procurador D. Manuel de Diego:

Resultando que D. Anacleto Martínez, D. Manuel de Lezama Leguizamón y D. Feliciano de Gori constituyeron sociedad en escritura pública otorgada en Bilbao en 2 de Junio de 1869 para la explotación de la mina de hierro *Nuestra Señora de Begoña*, estableciendo las bases y condiciones por que había de regirse y la participación que cada uno tendría en los gastos y utilidades, y en contrato privado de 6 de Agosto de 1872 convino dicha Sociedad en suministrar á D. José Olaguivel, hermano político de D. Anacleto Martínez, 6.000 toneladas de mineral por un precio determinado:

Resultando que en cuenta de los gastos ocasionados en la explotación de dicha mina, cuya primera partida comprende hasta 31 de Diciembre de 1872 y la última se refiere á 31 de Agosto de 1873, se consigna como total importe de dichos gastos la cantidad de 41.719 rs. 15 céntimos, y se hace ascender á 2.074 las toneladas de mineral entregadas:

Resultando que con fecha 13 de Junio de 1874 se firmó una cuenta en Bilbao por Luis Alday por autorización de D. José P. de Olaguivel, en la que se consigna como mineral recibido la cantidad de 1.802 toneladas, equivalentes á 52.347 rs., de los que se habían pagado á Don Anacleto Martínez en efectivo y suplidos 42.278 rs. 22 céntimos, y á Leguizamón en efectivo por saldo 10.068 rs. con 78 céntimos:

Resultando que en 4 de Noviembre de 1876 se presentó á D. Anacleto Martínez copia de la cuenta general formada por 2.074 toneladas de mineral entregadas á Olaguivel, en cuya cuenta se empieza consignando la suma de 60.240 rs. como importe de dicho mineral, de la cual se deduce la de 7.893 por faltas á reserva de reclamarlas, y de la diferencia importante 52.347 rs. se deduce la de 41.719 con 15 céntimos por los gastos, según notas presentadas; y bajo tales bases se viene á deducir, después de recordar en la penúltima partida que á D. Anacleto Martínez habían sido entregados 42.278 rs. 22 céntimos, que tenía recibidos de más 26.787 rs. 44 céntimos:

Resultando que D. Anacleto manifestó á Lezama en carta de 20 del mismo mes de Noviembre, en vista de esta última cuenta, que creía tenerle manifestado con anterioridad que no debía sufrir las consecuencias de la falta de su encargado al dejar de cobrar 7.893 rs. cuando canceló la cuenta con el comprador ó con su apoderado; y que en sus apuntes no resultaba que Olaguivel le hubiese entregado más que 34.000 reales en vez de los 42.278 que se le encargaban por tal concepto en la cuenta: que en otra de 30 del mismo mes repitió Martínez á Lezama que en la suya del 23 á que contestaba le había confirmado la falta de su encargado al practicar la liquidación del mineral vendido á Olaguivel, porque después del largo tiempo trascurrido no se había dado ningún paso en aquella ciudad de Bilbao ni en Bayona, para hacer efectiva la cantidad que dejó de cobrarse; y que en otra de 16 de Diciembre del mismo año 1877 insistió en que sólo tenía recibido de Olaguivel 34.000 reales:

Resultando que en extracto de cuenta fechado en Bilbao en 31 de Diciembre de 1881 se consigna como primera partida del debe de Martínez en su cuenta con Lezama la cantidad de 26.787 rs. 44 céntimos

por saldo á favor de Lezama según liquidación de 4 de Noviembre de 1876, y como segunda y última la de 9.584 reales 60 céntimos por los intereses de siete años y 57 días sobre la cantidad anterior desde Noviembre de 1874 hasta la presente fecha, á razón de un 5 por 100, y se concluye deduciendo un saldo á favor de Lezama de 35.831 reales con 52 céntimos:

Resultando que en 2 de Agosto de 1881 dedujeron D. Manuel de Lezama Leguizamón y D. Feliciano de Goiri la demanda que ha dado origen al presente pleito con la solicitud de que se condenase en definitiva á D. Anacleto Martínez Bolívar á pagarles el indicado saldo de 35.831 rs. y 52 céntimos que arrojaba la liquidación de cuentas practicada en 31 de Diciembre anterior, con los intereses devengados y que se devengasen desde dicha fecha á razón del 5 por 100:

Resultando que D. Anacleto Martínez contestó la demanda pidiendo que se le absolviese de ella en definitiva, se condenase á los demandantes á perpetuo silencio y pago de las costas, y formuló además una reconvención que no es objeto del recurso interpuesto; y en apoyo de aquella solicitud alegó en cuanto es pertinente que el encargado de Lezama, D. Pedro Sagarminaga practicó una liquidación con D. Luis Alday, encargado de Olaguivel, cuyo resultado consignó Alday en su cuenta de 13 de Junio de 1874, y como Lezama sabía que Olaguivel sólo tenía entregados al demandado en aquella fecha 29 000 rs. y por lo tanto debía saberlo también su encargado Sagarminaga al observar éste que se hacía subir á 42.000 y pico lo entregado al demandado, debió exigir á Alday, si no todos los resguardos correspondientes á la expresada cantidad, á lo menos los que acreditaran la diferencia: que le os de hacerlo así dejó que se consignara que los 10.068 rs. 78 céntimos entregados á Lezama lo habían sido por saldo de aquella cuenta: que entre el número de toneladas abonadas por Olaguivel en esta cuenta y la de 4 de Noviembre de 1876, relativa á la liquidación de 2.074 toneladas de mineral entregadas á Olaguivel, existía una diferencia de 272, cuyo importe no ascendía á menos de 7.893 rs. que Lezama consignaba en dicha cuenta de 1876 por faltas á reserva de reclamarlas; pero que no lo había hecho, y no era justo que el demandado sufriese las consecuencias de tal descuido: que de estos reparos se había ocupado y los había hecho presentes á Lezama en cartas de 20 y 30 de Noviembre y 16 de Diciembre de 1876, y se comprometió en efecto al abono de intereses por la cantidad que resultase líquida al tipo del 5 por 100 anual: que el socio que asume la gestión de los intereses sociales se hace responsable de los perjuicios que la Sociedad experimente por se morosidad y descuido, por lo cual Lezama, que por medio de su encargado Sagarminaga practicó la liquidación de los minerales vendidos á Olaguivel, admitiendo rebajas no comprendidas en el convenio ó no exigiendo á su tiempo el importe de aquel déficit, debe á la Sociedad los 7.893 reales que el mismo consignaba en sus cuentas; y que aun cuando se haya estipulado el abono de intereses de la cantidad que resulte deberse, estos intereses no se pueden apreciar ni menos hacer efectivos hasta tanto se haya practicado la correspondiente liquidación:

Resultando que los demandantes replicaron diciendo, entre otras cosas, que los 10 068 rs. con 68 céntimos que el encargado de Lezama recibió de Alday fueron en cuenta y no por saldo de liquidación, y que negando el demandante los hechos y afirmándolos el demandado, debe

éste probarlos; y evacuado por Martínez Bolívar el trámite de dúplica en la que insistió en sus anteriores alegaciones, se recibió el pleito á prueba y utilizaron el trámite ambas partes, sirviéndose especialmente de la de testigos y posiciones:

Resultando que en 15 de Diciembre de 1882 dictó sentencia confirmatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos condenando á Don Anacleto Martínez Bolívar á pagar á los demandantes D. Manuel de Lezama Leguizamón y D. Feliciano Goiri por el concepto que se reclama la cantidad de 27.553 rs. 30 céntimos, en vez de los 35.831 rs. con 52 céntimos que se le piden, más los intereses de un 5 por 100 correspondientes á la primera cantidad citada, entendiéndose el abono de dichos intereses desde el día 31 de Diciembre de 1880 hasta que se haga efectiva la condena, y absolviendo á los demandantes de la reconvención propuesta por D. Anacleto Martínez:

Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas en el establecimiento destinado al efecto, interpuso D. Anacleto Martínez Bolívar recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1° La doctrina legal de que hay que atenerse al resultado ó sentido literal de los documentos que se aducen por las partes para resolver sus diferencias sobre cuya autenticidad no se discuta, confirmada por la sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1865 y por otras, así como la disposición 7ª del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil en cuanto preceptúa que ha lugar al recurso cuando al apreciar los documentos auténticos se incurre en error de hecho y resulta de ellos mismos la equivocación evidente del juzgador; en el concepto de que desestima la sentencia recurrida, al determinar la cantidad líquida que debe satisfacer el recurrente, el abono á éste de la partida de 7.893 rs. que en la cuenta de 4 de Noviembre de 1876 relativa á las 2.074 toneladas de mineral entregadas á Olaguivel, se deduce del importe de esta cantidad de mineral por falta á reserva de reclamarla, no obstante que resulta claramente de las mismas cuentas que dicha partida es el valor de 272 toneladas que hay de diferencia entre las 2.974 que figuran también como vendidas á Olaguivel, en la cuenta de los gastos de explotación y acarreo de los productos de la mina y las 1.082 toneladas de que únicamente se hizo cargo D. Luis Alday, en representación de Olaguivel en la cuenta de 13 de Junio de 1874, y á pesar de que en la citada cuenta de 4 de Noviembre de 1876 se deduce para practicar la liquidación el total importe de la cuenta de gastos de explotación y acarreo de las 2.074 toneladas de mineral entregadas á Olaguivel:

2° La misma doctrina y disposición citadas en el anterior motivo respecto de la apreciación del contenido de las cartas dirigidas por el recurrente á D. Manuel de Lezama con fechas 20 y 30 de Noviembre y 16 de Diciembre de 1876 presentadas en autos por los mismos demandantes, puesto que consta en ellas que el recurrente siempre sostuvo que no debía afectarle la falta relativa á no haberse cobrado el importe de las 272 toneladas de mineral, y no es por tanto dable suponer otra cosa sin contradecir el resultado de dichas cartas acerca del particular:

3° La ley 7ª, tít. 10 de la Partida 5ª, en cuanto dispone que los daños y menoscabos que acaezcan por culpa de algún socio no deben ser de cargo de sus compañeros, además de la disposición y doctrinas legales á que se contraen los anteriores motivos; en el concepto de que al admitir Lezama por medio de su representante los 10.068 rs. 78 cén-

timos, indicados en la cuenta de 13 de Junio de 1874 como entrega hecha por Alday á nombre del comprador del mineral Olaguivel por saldo, según allí se consigna, en vez de expresarse que era á cuenta por no resultar satisfechas las 272 toneladas susodichas, no podía afectar este perjuicio al recurrente, que tiene derecho á que en la liquidación se comprendan los 7.893 rs., valor de las 272 toneladas de mineral:

4° Las leyes 19, tít. 22, y 4ª, tít. 26 de la Partida 3ª, que declaran que no deben valer las sentencias respecto del error material de cuenta que contengan, y la jurisprudencia constante de este Tribunal Supremo que establece este mismo principio, porque acepta la sentencia recurrida la segunda partida del debe de la cuenta de 31 de Diciembre de 1880, en cuya partida se dice que són siete años y 57 días los trascurridos desde Noviembre de 1874 hasta el día en que aparece formada dicha cuenta, y se calculan los intereses con arreglo á tal computación no obstante que el tiempo trascurrido entre dichas fechas asciende sólo á seis años y 57 días:

5° La doctrina legal de que no cabe la condena de intereses repecto de un capital ó cantidad de que no debe el demandado ó de cuyo pago se le absuelve, sancionada entre otras sentencias de este Tribunal Supremo en la de 23 de Noviembre de 1880, y la disposición 4ª del citado art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil; puesto que es incuestionable que habiéndose considerando rebajada la cantidad adeudada por el recurrente en 8.278 rs. 22 céents., al estimarse en la sentencia recurrida que no recibió 42.278 rs. 22 cénts., como sostenían los demandantes y consignaron en la liquidación de 4 de Noviembre de 1876, sino únicamente los 34.000 que confesó tener recibidos, ha debido ordenarse como consecuencia lógica y forzosa que se rebajara igualmente el interés correspondiente á dicha cantidad de 8.278 rs. 22 cénts, no recibida ni adeudada por él, á cuyo pago no se le condena, por lo que no es lícito y justo que satisfaga intereses por ella:

6° El art. 7° de la ley de 14 de Marzo de 1856, en cuanto dispone que no se paguen intereses de intereses, á no ser que se capitalicen y estipulen nuevos réditos sobre el aumento del capital, con sujeción á lo prescrito en el art. 2° de dicha ley, ó sea por medio del pacto escrito, sin que de otro modo puedan tener validez, y la doctrina admitida por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Marzo de 1880, y en otras, según la cual, fuera del caso en que se haya convenido, no devengan intereses sino con relación á capitales que resulten liquidados; puesto que la condenación al pago de intereses que hace la sentencia recurrida, recae no sólo sobre el capital adeudado por el recurrente sino también sobre los intereses de este capital, comprendidos en el saldo formado hasta 31 de Diciembre de 1880, no obstante que no concurren las indicadas condiciones excepcionales que se exigen para que puedan cobrarse intereses de intereses;

Y 7° El art. 8° de la misma ley de 14 de Marzo de 1856, que reconoce que se exija el interés pactado por razón de mora, y la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 15 de Diciembre de 1880 y en otras de que en los pleitos sobre liquidación de lo adeudado hasta que no se fija y determina en la sentencia la cantidad líquida que debe abonarse no existe la mora á que hace referencia el expresado artículo, en cuya recta interpretación no cabe tampoco que los intereses comprendidos en el saldo, sino sólo del capital líquido, mientras no haya pacto expreso por escrito en contrario, conforme á

lo establecido en los artículos de la misma ley, citados en el anterior motivo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que para apreciar y fijar el saldo de la liquidación de cuentas presentadas por el demandante, única cuestión á que se concreta este pleito, ha tenido presente la Sala sentenciadora no sólo las cartas, folios 6, 7 y 8, aducidas por aquél sino las demás pruebas practicadas; y atemperándose á su resultado estima que no puede cargar en la cuenta como recibido y suplido por Olaguivel más cantidad que la de 34.000 reales, y desecha las demás impugnaciones hechas por Don Anacleto y por consiguiente son inaplicables al caso y por ello no han podido ser infringidas la doctrina legal de que hay que atenerse al sentido literal de los documentos que se aducen por las partes que se invoca en el primero y segundo motivos, y la ley 7ª, tít. 10 de la Partida 5ª que se alega en el 3º:

Considerando, respecto al 4º y 5º, que la cuenta presentada, cuyo saldo de 35.831 rs. 52 céntimos es el objeto de la demanda, contiene dos partidas: una por capital de 26 787 rs. 44 céntimos, y otra por intereses de ese capital á razón de 5 por 100 desde 4 de Noviembre 1874 á 31 de Diciembre de 1880, de 9.584 rs. 60 céntimos; y habiéndose estimado en la sentencia la rebaja de 8.278 rs. del capital, ha debido rebajarse en esta proporción los intereses, como también subsanarse el error de número en el tiempo por que han sido devengados, puesto que de 4 de Noviembre de 1874 á 31 de Diciembre de 1880 van seis años 57 días, y no siete con igual número de días que en dicha cuenta se suman, y por consiguiente al no verificarlo así la sentencia recurrida infringe las leyes y doctrina que se citan en dichos dos motivos:

Considerando en cuanto al 6º, por la misma razón de haberse sacado á una suma capital é intereses y condenado al pago de éstos por el total que aquella arroja, se ha infringido el art. 7º de la ley de 14 de Marzo de 1856, que ordena no se paguen intereses de intereses, á no ser que se capitalicen y se estipulen nuevos réditos sobre el aumento del capital:

Considerando, respecto al 7º y último que no es aplicable al caso presente el art. 8º de la citada ley de 14 de Marzo de 1856 en el concepto en que se alega como infringido, porque la condenación al pago de intereses no reconoce por causa el haberse constituído el deudor en mora, sino porque estaban probados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Anacleto Martínez Bolívar en cuanto á los motivos señalados con los números 4º, 5º y 6º, y no haber lugar á los demás alegados; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 15 de Diciembre de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, únicamente en la parte que la condenación exceda de la cantidad á que deba limitarse, subsanándose los errores de que se ha hecho mérito en los anteriores considerandos; y devuélvase á D. Anacleto Martínez Bolívar el depósito de 1.000 pesetas que tiene constituído.—(Sentencia publicada el 27 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 14 de Enero de 1884.)

300

Recurso de casación (27 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —TERCERÍA DE DOMINIO.—No ha lugar al interpuesto por D. Mariano de Cors con D. José Picó (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° Que la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación no tiene aplicación en cuestiones de tercería de dominio y tercería de preferencia, porque en casos tales no se trata del cumplimiento de obligaciones más ó menos solemnemente contraídas, sino de la prelación entre los derechos deducidos por el ejecutante y el tercerista contra los bienes ejecutados como propios del deudor, que ha de determinarse por reglas y preceptos que no contiene dicha ley;

Y 2° Que guarda perfecta congruencia con lo pedido y alegado por las partes, la sentencia que absuelve á los demandados, pues resuelve con esta fórmula todas las cuestiones del pleito, según tiene declarado el Tribunal Supremo.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Octubre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de las Afueras de la ciudad de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Mariano de Cors, vecino de Gerona, propietario, con D. José Picó, dorador, vecino de Barcelona, y D. Juan Richetta, que no ha comparecido, sobre tercería de dominio; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto á nombre del D. Mariano Cors por el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez, bajo la dirección del Licenciado D. Luis Martorell y Rovira, habiendo representado y defendido al D. José Picó el Procurador D. Francisco Egea y el Licenciado D. Bernardo R. Gil Sanz:

Resultando que seguidos autos ejecutivos por D. José Picó contra D. Juan Richetta, dedujo D. Mariano Cors en 9 de Noviembre de 1880 demanda de tercería de dominio y subsidiariamente de mejor derecho exponiendo que el ejecutado D. Juan Richetta adeudaba al demandante desde mucho tiempo 10.500 pesetas, quien se las había prestado para que montara el establecimiento «cervecería restaurant de Louvre» en la casa núm. 2 de la rambla de Santa Mónica: que como quiera que no devolvió la expresada cantidad á pesar de que había vencido el plazo, y circulaban rumores de que tendría que cerrarse el establecimiento á causa de las muchas deudas que había contraído, requirióle de pago y presentó escrito en el Juzgado del Pino con el objeto de preparar la acción ejecutiva contra el expresado deudor, el que con una mala fe inconcebible negó la legitimidad de las firmas que tenía puestas en los documentos: que después de varias conferencias con el ejecutado y de averiguado que D. Ricardo Grill había trabado ejecución contra el mencionado establecimiento por 17.500 pesetas, según procedimiento ejecutivo vertiente en el Juzgado precitado por último, según lo acreditaba la escritura de compra é insolutum-dación que acompañaba de 1° de Setiembre de 1880, convino el alegante en comprar al ejecutado la cervecería restaurant del Louvre por 28.000 pesetas, de las cuales 10.500 se las aplicó al pago de su expresado crédito, habiendo entregado las otras 17.500 restantes al ejecutado referido, en el lugar del

cual se hallaba enteramente repuesto para continuar aquel procedimiento: que D. José Picó había promovido las actuaciones en que se personaba el alegante, apoyado en un pagaré de la cantidad de 820 pesetas que á su favor le entregó el Richetta en 1º de Mayo de 1880, á tres meses plazo, contaderos desde la expresada fecha; y preparada contra el deudor, real ó simulada, la ejecución, había conseguido ejecutar el referido establecimiento, ni más ni menos que si hubiese tenido que ver con él algo D. Juan Richetta, siendo lo más sensible que se había verificado la extracción de los muebles y efectos de que estaba compuesto, de tal manera que había sido preciso su cerramiento, al paso que corrían los salarios de los dependientes en número de nueve, y el alquiler de la casa, no menos crecido, á razón de 765 rs. mensuales, según así lo atestigua el recibo suscrito por el dueño de la casa: que como en el acto de la extracción referida se empeñó el ejecutante en llevarla adelante á pesar de que Cors exhibió la contrata de arriendo á su favor otorgada y la escritura de adquisición del establecimiento en cuestión, era obvio y claro que obró con temeridad manifiesta y con dolo de la clase que hace responsable á quien lo usa de los perjuicios consiguientes: que los indicados perjuicios eran gravísimos, no solamente en relación al alquiler y á los salarios indicados, sino que de una manera muy especial, por consideración al descrédito que había sufrido el establecimiento con el hecho de haberse tenido que cerrar y extraer los efectos en él contenidos, de la manera más deshonrosa que se hizo, cual si el alegante hubiese tenido deudas que solventar, cuando no solamente no tenía ninguna, sino que por el contrario era uno de los primeros propietarios de la provincia de Gerona; y después de exponer los fundamentos de derecho pidió que con suspensión de la vía de apremio se formase ramo separado, con citación del ejecutado para la sustanciación de la tercería, y en su lugar y caso se dictase sentencia en la cual se declarase de plena y exclusiva propiedad del demandante los bienes embargados mandando levantar los embargos puestos en los propios bienes, y condenando al ejecutante á que junto con las costas del juicio abonase á Cors los perjuicios causados con los embargos y extracción aludidos; y resolviendo en todo caso subsidiariamente que el alegante tenía preferente derecho para el cobro de sus créditos personalmente y como cesionario de D. Ricardo Grill, al que sostenía el ejecutante respecto al producto en venta de los efectos pertenecientes á la cervecería restaurant del Louvre; por otrosí, ignorando si el ejecutante carecía ó no de responsabilidad, al efecto de evitar los perjuicios, consignó en el Juzgado 820 pesetas á que ascendía el pagaré, y pidió que se depositasen en el Banco de España hasta que estuviese terminada por ejecutoria la tercería, continuando los bienes embargados, entregándose y restituyéndose al alegante los objetos y efectos que habían sido extraídos del establecimiento:

Resultando que D. José Picó al contestar la demanda expuso que habiendo D. Juan Richetta comprádole una partida de sillas de Viena para el establecimiento cervería del Louvre que aquél tenía en la ciudad de Barcelona, como no pudiera pagar al contado el importe de la compra, suscribió y le entregó Richetta un pagaré de 1º de Mayo de 1880, por el cual se obligó á pagar dentro de tres meses la suma de 820 pesetas, como valor del género recibido á su entera satisfacción: que llegó el vencimiento del plazo estipulado, y Richetta no satisfizo el pagaré, y al día siguiente fué protestado en debida forma; y agotados

inútilmente todos los recursos amistosos y deferentes para que Richetta cumpliera su obligación, presentó Picó demanda en 10 de Setiembre de 1880, en virtud de la cual se despachó ejecución contra Richetta por aquella suma, intereses legales desde la fecha de protesto, 2 de Agosto, y costas del juicio: que se trabó el embargo sin que en la diligencia llevada á cabo en la cervería del Louvre se hubiere exhibido por el ejecutante ni por otra persona justificación alguna que pudiera infundir duda acerca de la propiedad de terceras personas sobre lo embargado, y como los muebles embargados se dejaron en poder del ejecutado, el alegante, no pudiendo fiar la prenda garantía de su crédito á Richetta por no inspirarle su conducta confianza, pidió en 18 de Octubre la extracción y depósito de los efectos embargados en poder del guarda de los Tribunales, como así lo acordó el Juzgado: que por sentencia de 27 de Octubre se mandó seguir la ejecución adelante: que en este estado y cuando se procedía al cumplimiento de sentencia fué cuando D. Mariano de Cors presentó demanda de tercería de dominio y subsidiariamente de mejor derecho, fundándose en que los bienes ejecutados á Richetta eran de propiedad de dicho tercer opositor por haberlos comprado con el establecimiento cervecería del Louvre, según la escritura que acompañó que era de advertir que el tercerista había expuesto que circulaban rumores de que tendría que cerrarse la cervecería del Louvre á causa de las muchas deudas que Richetta había contraído: que la escritura privada estaba extendida sobre papel del sello 11°, valor de 75 céntimos de peseta, y por ella se traspasó un establecimiento en 28.000 pesetas: que el pagaré que justificaba el derecho del alegante tenía todos los requisitos legales y llevaba la fecha de 1° de Mayo de 1880, era la expresión del justo precio de las sillas vendidas á Richetta, dueño de la cervecería del Louvre, habiendo sido reconocido judicialmente en 1° de Setiembre de 1880; y después de alegar varios fundamentos de derecho, expuso la excepción de *sine actione agis* y la de dolo, y pidió que no se diese lugar á la demanda de tercería, absolviendo al alegante de la misma, imponiendo al Cors el pago de las costas y perjuicios sufridos hasta el definitivo pago:

Resultando que después de replicar y duplicar Cors y Picó acusada la rebeldía á D. Juan Richetta y practicadas las pruebas que las partes propusieron, el Juez de primera instancia por sentencia de 14 de Febrero de 1882 declaró no haber lugar á la demanda de tercería de dominio y subsidiariamente de mejor derecho, deducida por D. Mariano Cors en méritos de los autos ejecutivos seguidos por D. José Picó contra D. Juan Richetta, y en su virtud absolvió á éstos de la misma, con imposición de todas las costas de esta pieza separada al tercer opositor D. Mariano Cors: que se pusiera testimonio de esta resolución en los autos principales para que siguieran su curso las diligencias de apremio hasta realizar el pago de capital, intereses y costas; y de conformidad con lo dispuesto en el art. 8° del Real decreto de 12 de Octubre de 1861, declaró á D. Mariano Cors incurso en el reintegro de papel que debió usar para el contrato privado que contiene la venta ó traspaso de la cervecería del Louvre, y en la multa del duplo, que haría efectiva en el papel correspondiente:

Resultando que confirmada con las costas dicha sentencia por la que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 1° de Diciembre de 1882, por parte de D. Mariano Cors se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, de cualquiera manera que el hombre parezca que quiso obligarse queda obligado, sus concordantes, y la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo en conformidad á la misma; en cuanto no da valor ni efecto alguno á la escritura de adquisición de la cervecería restaurant del Louvre entre Richetta y el recurrente, ni al contrato de inquilinato ó arriendo del local en que se halla establecido, á favor también del recurrente y no del deudor Richetta, producidos ambos documentos en autos y de los que resulta evidente:

2° El principio de derecho y la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, relativos á la congruencia de las sentencias con lo pedido y alegado por las partes; en cuanto la sentencia recurrida en su parte dispositiva, lo mismo que en sus fundamentos, prescinde por completo del derecho preferente que tenía el acreedor D. Ricardo Grill sobre el D. José Picó y resuelve sólo el mejor derecho de éste, respecto á D. Mariano Cors en lo referente á su crédito propio y exclusivo, sin decidir acerca *el que tiene como sucesor del Grill*; siendo así que en la súplica de su demanda se dice textualmente: «y resolviendo en todo caso subsidiariamente que Cors tenía preferente derecho para el cobro de sus créditos personales, y *como cesionario de D. Ricardo Grill*, al que sostiene el ejecutante respecto al producto en venta de los efectos pertenecientes á la cervecería restaurant del Louvre,» y no se diga que al no dar lugar á tercería de mejor derecho, por lo que toca al D. Mariano Cors, se desestima también la de su causante D. Ricardo Grill, pues son dos cosas completamente distintas, una el derecho que tiene el recurrente por el dinero que prestó al Richetta y la compra de su establecimiento, y otra el que tenga por el pago del crédito del Grill, pudiendo perfectamente ser de peor derecho con relación al tiempo y á la clase del crédito en el primer caso (una vez desconocido su dominio), y ser de mejor derecho por uno ó ambos conceptos en el segundo; en la sentencia recurrida no cabe la menor duda que no se aprecia para nada este segundo respecto de la cuestión, y que queda por tanto sin resolver, no obstante ser *una de las peticiones de la demanda*, si D. Mariano de Cors, *como cesionario de D. Ricardo Grill*, tenía ó no mejor derecho que D. José Picó sobre los efectos en venta de la cervecería restaurant del Louvre:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación no tiene aplicación en cuestiones de tercería de dominio y tercería de preferencia, porque en casos tales no se trata del cumplimiento de obligaciones más ó menos solemnemente contraídas, sino de la prelación entre los derechos deducidos por el ejecutante y el tercerista contra los bienes ejecutados como propios del deudor, que ha de determinarse por reglas y preceptos que no contiene dicha ley invocada como primer fundamento del recurso:

Considerando, en cuanto al segundo motivo, que la sentencia recurrida guarda perfecta congruencia con lo pedido y alegado por las partes, puesto que al absolver á los demandados resuelve con esta fórmula todas las cuestiones del pleito, según tiene declarado este Tribunal Supremo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Mariano de Cors, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad

que depositó, que se distribuirá en la forma prevenida por la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 27 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Enero de 1884.)

301

Recurso de casación (27 *de Octubre de* 1883).—*Sala primera.* —Restitución de aguas fecales.—No ha lugar al interpuesto por D. Cosme Algarra con la Marquesa viuda de Legarda (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no puede estimarse la infracción de leyes que se citan haciendo supuesto de la cuestión y oponiendo el recurrente su criterio al de la Sala sentenciadora, sin alegar infracción alguna contra la apreciación de las pruebas.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Octubre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Audiencia y en la Sala primera de la del territorio por D. Cosme Algarra, vecino de esta capital, sin profesión, representado por el Procurador D. Angel Calvo y defendido por el Licenciado D. José Sidró y Surga, con Doña Petra Prisca Ruiz de Pasuengos, Marquesa viuda de Legarda, hoy D. Bernardo Esquivel y Ruiz de Pasuengos, por sí y como curador ejemplar de su hermano D. José Javier, propietario, de la provia vecindad, al que ha representado el Procurador D. Manuel María Villar, bajo la dirección del Licenciado D. Jerónimo Antón Ramírez, sobre restitución de aguas fecales:

Resultando que D. Cosme Algarra y Hurtado dedujo demanda contra la Marquesa viuda de Legarda sobre reintegro de la posesión de las aguas fecales que el Ayuntamiento de esta capital le dió en arrendamiento por término de tres años, según la escritura otorgada en esta corte en 13 de Abril de 1872, y en otro caso indemnización de daños y perjuicios que le correspondan á juicio de peritos por haberle despojado de ellas á virtud de un interdicto seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad; y al efecto expuso, con vista de la referida escritura, que habiendo adquirido D. Cosme Algarra de D. Cosme Aguirre 80 fanegas de tierra en arrendamiento por tres y dos años respectivamente en las afueras de la Puerta de Atocha, acudió á la corporación municipal de esta villa, pidiendo gratuitamente el aprovechamiento de las aguas que se pierden por la alcantarilla general para dotar de aguas las referidas tierras, solicitando también el permiso para practicar las obras necesarias de alcantarillado subterráneo que tenía que atravesar la vía pública del caserío de las afueras de la Puerta de Atocha; y aceptadas que fueron ciertas condiciones por el D. Cosme Algarra, se le concedió la autorización que solicitó por medio de escritura pública otorgada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de esta villa, en representación del mismo, en 13 de Abril de 1872, estableciendo, entre otras condiciones: primera, que el aprovechamiento de las aguas era por solo el tiempo que faltaba para terminar el arrendamiento de las 80 fanegas de tierra: segunda, que el riego sólo podría

verificarlo el Algarra en la extensión de las 80 fanegas: tercera, que para la cantidad de aguas, número de riegos y horas en que debía verificarse, se pusiera de acuerdo con los que entonces usufructuasen dichas aguas, con permiso de la corporación de esta villa: cuarta, que desde luego se autorizaba al Algarra para que de su cuenta construyese una arquilla ó modulo repartidor que suministrase las aguas en proporción á las extensiones superficiales de las tierras, por la que cada uno satisfaría el canon que después se expresaría al Ayuntamiento de esta capital: quinta, que no podía embarazarse el libre curso de las aguas de manera que pudiera producir daños en las propiedades más bajas, ni se harían estanques ni balsas que produjesen perjuicios á la salubridad pública: novena, que el canon había de ser de 1.400 pesetas anuales á razón de 3 por cada fanega de tierra, que sería satisfecho por el Algarra en la Depositaría del Ayuntamiento por trimestres adelantados hasta la extinción del contrato, que sería en la misma época que terminase el arrendamiento de dicha tierra, según lo pactado por el Algarra con D. Cosme Aguirre: décima, que se autorizó al Algarra para practicar las obras subterráneas de alcantarillado para conducir las aguas fecales desde el arroyo de Carcabón hasta las tierras deslindadas, siempre que en el trayecto que ocupase la alcantarilla debajo del pavimento de las vías públicas se vistiese de fábrica de ladrillo y se observase en la ejecución de estas obras lo prevenido en los artículos 10, 99, 100 y 105 de las Ordenanzas municipales; entendiéndose que la autorización para atravesar subterráneamente las vías públicas propias del Municipio no era extensiva á las demás propiedades públicas ó particulares, para las que debería obtener el competente permiso, según lo prevenido en las disposiciones vigentes: que practicadas las obras necesarias por medio de un contrato celebrado con la Condesa de Bornos por la concesión de terreno de su propiedad para verificarlas, á los pocos meses de estar aprovechando las aguas el D. Cosme Algarra fué despojado de ellas por la Marquesa de Legarda en virtud de un interdicto seguido á su instancia en el Juzgado del distrito de la Universidad, por lo que el Algarra practicó varios actos conciliatorios para que dicha Marquesa le reparase el daño que le había causado; y después de alegar como fundamentos de derecho la ley 2ª. tít. 8º, Partida 5ª, las sentencias de este Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1867 y 27 de Abril de 1871, el art. 38 de la ley de aguas de 3 de Agosto de 1866 y el art. 73 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, concordante con el 1658 de la novísima, concluyó solicitando se condenase á la Marquesa de Legarda á reponer y reintegrar á D. Cosme Algarra en la posesión de las aguas que le había dado en arrendamiento el Ayuntamiento de esta villa por la escritura de 13 de Abril de 1872, en las mismas condiciones que las tenía el día en que fué privado de ellas por el Juzgado del distrito de la Universidad, y de no ser esto posible, indemnizarle los daños y perjuicios causados, con más las costas que se causasen; y por un otrosí pidió que se citase de evicción y saneamiento al Ayuntamiento de esta capital á los efectos que determina la ley 21, título 8º, Partida 5ª:

Resultando que conferido traslado á Doña Petra Prisca Ruiz de Paruengos, Marquesa viuda de Legarda, lo evacuó exponiendo que aun cuando D. Cosme Algarra hubiese adquirido algún derecho al uso de las aguas que dice por el título de arrendamiento con el Ayuntamiento, el tal derecho había concluído ya, porque dicho arrendamiento tuvo lugar

en 13 de Abril de 1872 por tiempo de dos ó tres años relativamente al de las tierras de D. Cosme Aguirre, y por consiguiente á contar desde 25 de Febrero del mismo año, de donde se deducía que tomando el tiempo máximo, en 25 de Febrero de 1875 había concluído aquel derecho que pudiera haber significado para con el Ayuntamiento, nunca para con la demandada, pues ésta se halla en la posesión inmemorial de las aguas procedentes del arroyo Carcabón de la alcantarilla general de la Puerta de Atocha, que pasa por su huerta, sita en término de esta villa y sitio llamado de Sotulozón, junto al primer molino del canal de Manzanares: que habiendo Algarra inquietado en aquella posesión de las aguas á la demandada, se vió obligada á sostener su posesión por medio de interdicto de retener, que dedujo en 1° de Agosto de 1872, y en el cual recayó sentencia ejecutoria en 22 de Setiembre de 1873, declarando haber lugar al interdicto y á mantener á la Marquesa en la posesión de las aguas referidas, haciéndose á D. Cosme Algarra las correspondientes intimaciones, á fin de que en lo sucesivo se abstuviese de perturbar á dicha señora en su posesión: que habían trascurrido más de ocho años desde aquella sentencia hasta que en 9 de Julio de 1881 entabló su demanda el D. Cosme Algarra, que le fué admitida en 12 de Setiembre del mismo año, la cual no versaba sobre la propiedad de las aguas, que fué para lo que la sentencia le reservó el derecho, sino la posesión que fué juzgada en el oportuno juicio ó interdicto de retener en las dos instancias que permite la ley: que ningún título de propiedad ni de posesión siquiera invoca ni acompaña en su demanda el Algarra con relación á las aguas que legítimamente y de tiempo inmemorial venía disfrutando la demandada para los usos de su huerta, invocando como único recurso el hecho de que con el Ayuntamiento celebró un contrato de arriendo de las aguas por término de tres años, que empezaron á correr en 25 de Febrero de 1872, hecho que al ser cierto sólo significaría que Algarra hubiera podido adquirir una posesión precaria duradera por tres años: que si algo contrató con el Ayuntamiento sobre aguas, y algo tenía que reclamar por virtud de tal contrato, debía dirigir sus acciones contra el Ayuntamiento, pues con la demandada nada tenía contratado: que el disfrute de las referidas aguas es inmemorial, como lo justificó en el interdicto de retener, por lo que le asistía el incuestionable derecho de continuar en tal aprovechamiento, con arreglo al art. 194 de la ley de aguas de 3 de Agosto de 1866, sin que nadie pudiera interrumpirla ni privarla de él, ni por consecuencia el Ayuntamiento podía hacer convenio alguno de las citadas aguas con perjuicio de la demandada, porque se lo prohibe la citada ley en su art. 195; por todo lo que pidió que se le absolviese de la demanda, condenando á perpetuo silencio al D. Cosme Algarra, con expresa condenación de costas:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes reproduciendo sus respectivas alegaciones y pretensiones, se recibió el pleito á prueba practicándose las propuestas por aquéllas; y dictada sentencia por el Juez de primera instancia, de la que interpuso apelación la Marquesa viuda de Legarda, y sustanciada la alzada, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este distrito, por sentencia de 19 de Diciembre de 1882 revocando la apelada, absolvió á la Marquesa de Legarda, hoy á sus herederos, de la demanda interpuesta contra la primera y sostenida contra los segundos por D. Cosme Algarra y Hurtado, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Cosme Algarra interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1º Que el juicio que se ha seguido es el plenario de propiedad, en el que el recurrente ha probado lo que se propuso probar: que el dominio de las aguas litigiosas pertenecía exclusivamente al Ayuntamiento de Madrid, de quien las había recibido en arriendo; y que la difunta Marquesa viuda de Legarda no tenía ningún derecho sobre ellas; y probado este hecho, la sentencia que absuelve de la demanda en su primer punto infringe el art. 38 de la ley de aguas de 3 de Agosto de 1866, que declara pertenecen las aguas sobrantes de sus fuentes, cloacas y establecimientos públicos; y la ley 2ª, tít. 8º de la Partida 5ª, que establece el precepto legal de que el que tiene el dominio de una cosa tiene derecho para darla en arrendamiento:

2º Que al negar la sentencia recurrida á D. Cosme Algarra y Hurtado todo derecho á ser indemnizado por la Marquesa de Legarda, hoy sus herederos, por haberle privado del disfrute de las aguas que poseía en arriendo por tan justo título, segundo punto de la demanda, mientras no sea vencido en juicio por el dueño de dichas aguas, infringe la ley 21, tít. 8º de la Partida 5ª, que define y determina las responsabilidades en que incurre el que sin derecho priva á otro de lo que legítimamente posee:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe las leyes invocadas en los motivos mencionados, porque el recurrente, haciendo supuesto de la cuestión y oponiendo su criterio al de la Sala sentenciadora, sin alegar infracción alguna contra la apreciación de las pruebas, afirma sin razón haberse justificado que el dominio de las aguas pertenece exclusivamente al Ayuntamiento y que ningún derecho tiene sobre ellas la parte demandada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Cosme Algarra, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 27 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Enero de 1884).

302

Recurso de casación (27 *de Octubre de* 1883).—*Sala segunda.* —RESCISIÓN DE UN CONTRATO Y DEVOLUCIÓN DE DOCUMENTOS Y CANTIDADES.—No ha lugar al interpuesto por D. Antonio Ganivet Reyes con D. Francisco Saucedo Vázquez (Audiencia de Granada), y se resuelve:

1º *Que la falta de cumplimiento de un contrato por una de las partes obligadas puede dar lugar á que se la compela ante los Tribunales á cumplir lo pactado; pero no es por regla general motivo de rescisión, porque ésta presume la existencia de un vicio de nulidad en la contratación, como el error, la violencia, el dolo, etc.:*

2º *Que aun cuando el contrato en cuestión mereciese con preferencia á la calificación de venta ó cesión de derechos la del innominado* do ut facias, *ó sea una de las cuatro fórmulas consignadas en la ley* 5º, *tí-*

tulo 6°, Partida 5ª; y aun cuando dentro de esta hipótesis pudiera equipararse á una verdadera rescisión, como supone el recurrente, la facultad que dicha ley concede al que cumple lo pactado contra el que no lo cumple, de que se le devuelva lo que dió ó que se le indemnicen daños y perjuicios, ha cesado desde que según la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, es obligatoria y exigible toda promesa, y por lo tanto no es aplicable en ningún sentido al caso la precitada ley de Partida, ni ha sido infringida por la sentencia que absuelve de la demanda;

Y 3° Que tampoco infringe la ley 16, tít. 12 de la Partida 3ª, ni los artículos 359 y 361 de la de Enjuiciamiento, ni las doctrinas, con arreglo á las que la sentencia debe ser congruente con lo pedido y excepcionado, no pudiéndose bajo ningún pretexto aplazar ni dilatar en ellas la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito, y deberán además ajustarse, no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino que también á la manera en que se hace la demanda, ó sea á la acción que ejercitan y fundamento ó razón legal en que lo apoyan, siendo en otro caso nulas las declaraciones que contengan; invocadas calificando la sentencia de incongruente con lo pedido, porque la absolución de la demanda abraza, resuelve y desestima todos los extremos comprendidos y numerados en la súplica, y entre ellos el de la rescisión del contrato, siendo obvio por demás que la reserva de derechos hecha en favor del recurrente contra el demandado no dilata la resolución de dicho extremo litigioso, como se supone en el recurso, porque esos derechos se refieren, no á la rescisión denegada, sino á que se cumpla lo pactado, puesto que no ha sido objeto de dicusión.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Octubre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Sagrario de la ciudad de Granada y en la Sala de lo civil de la Audiencia del mismo territorio por D. Antonio Ganivet Reyes, vecino de dicha ciudad, con D. Francisco Sancedo Vázquez, sobre rescisión de un contrato, nulidad de una escritura, devolución de documentos y entrega de cantidades; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto a nombre de D. Antonio Ganivet por el Procurador D. Jacobo Morcillo, bajo la dirección del Licenciado Don Augusto Mosquera, no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el Sancedo Vázquez:

Resultando que por escritura otorgada en 13 de Octubre de 1874 D. Antonio Ganivet cedió á D. Francisco Sancedo Vázquez el derecho que le asistía para obtener libremente los bienes y rentas que pertenecían á la dotación de la capellanía fundada en la parroquia de Cogollos de la Vega por D. Manuel Fernández de Soto Muñoz, previa la conmutación establecida por la ley; con la condición de que tan luego como al Sancedo se le adjudicasen é inscribiesen á su favor dichos bienes y entrase en posesión de ellos, había de entregar al Ganivet, deducidos los gastos y costas para conseguirlo, la mitad de los expresados bienes, ó su valor en efectivo metálico, previa tasación de peritos que nombrarían; siendo de cuenta de Sancedo todos los gastos que se ocasionaren hasta obtener la adjudicación y posesión de los referidos bienes:

Resultando que por otra escritura otorgada en 1° de Julio de 1877 D. Francisco Sancedo Vázquez cedió á Doña Rosario Moles Ferreira los derechos que tenía adquiridos por la referida escritura de 13 de Octu-

bre de 1874 respecto á los bienes de la capellanía fundada por D. Matías Fernández de Soto y Muñoz con la misma obligación establecida á favor de D. Antonio Ganivet, y con la condición de que luego que estuviese ultimado el asunto en todos conceptos, y en posesión la Doña Rosario de los bienes de la capellanía y pagado D. Antonio Ganivet, había de entregar aquélla al Sancedo por vía de gratificación la cantidad de 500 pesetas:

Resultando que en 5 del referido mes de Julio de 1877 Doña Rosario Moles Ferreira otorgó poder á D. Francisco Sancedo Vázquez para que en su nombre y representación gestionase cobrando créditos, dando recibos y finiquitos practicando en las dependencias del Estado, Delegación de capellanías y memorias de cualquier Arzobispado, Ayuntamientos ú otras corporaciones públicas ó de carácter particular, cuantas gestiones fueran necesarias para adquirir bienes con prestaciones, trasmisiones de créditos ú otros objetos de cualquier clase que fueren, entregando los precios en papel del Estado, en metálico ú otros valores según correspondiera, aceptando cesiones, ó posesiones de bienes, transacciones, y liberaciones y haciendo todo cuanto por sí pudiera y debiera realizar la otorgante; firmando las escrituras, nóminas ó documentos, según la índole de los negocios, para la administración de bienes, compra y venta de los mismos pertenecientes á dicha otorgante, y para comparecer en juicio á nombre de la misma en los negocios conferidos ó en cualquiera otro que fuere necesario, con facultad de transigir:

Resultando que Doña Rosario Moles Ferreira acudió al Arzobispo de la diócesis para que se le admitieran los títulos de la Deuda del Estado, á fin de poder verificar la conmutación de los bienes de la capellanía mencionada, á lo que se accedió; y en su virtud, y en uso del referido poder y por escritura de 21 del repetido mes de Julio de 1877, se verificó la conmutación, entregando al efecto D. Francisco Sancedo, en nombre de Doña Rosario Moles Ferreira, al Delegado de Capellanías la cantidad de 6.028 escudos 124 milésimas, en títulos de la Deuda del 3 por 100 los 6.000 escudos, y en metálico el resto:

Resultando que en 24 de Junio de 1871 D. Francisco Sancedo firmó un recibo á favor de D. Antonio Ganivet, confesando que éste le había entregado dos carpetas, números 8.008 y 8.009, relativas á los créditos que contra el Estado tenía la capellanía fundada por D. Matías Fernández de Soto en Cogollos, y de la cual había sido último Capellán D. Esteban Ganivet, cuyas carpetas entregaba D. Antonio Ganivet al Sancedo para tenerlas presentes al efecto de la conmutación de los bienes de dicha capellanía, solicitada ante el Tribunal eclesiástico:

Resultando que D. Antonio Gavinet dedujo demanda, exponiendo además de los antecedentes relacionados que D. Francisco Sancedo no había devuelto las dos carpetas referidas; que por la Administración pública se declararon exceptuados de la venta los bienes de dicha capellanía: que Sancedo retenía en su poder indebidamente las dos carpetas mencionadas, y estaba obligado á devolverlas á su dueño el demandante: que el contrato de cesión celebrado en 13 de Octubre de 1874 era lo mismo que reprochaba la ley 4ª, tít. 10 de la Partida 5ª, toda vez que las ganancias se estipularon á favor de Sancedo y las pérdidas á cargo de Ganivet, y que siendo aquel Abogado había incurrido en el pacto de cuota litis, prohibido por la ley 14, tít. 6°, Partida 3ª: que siendo Sancedo deudor de Ganivet desde la fecha del contrato de

13 de Octubre de 1874, no podía sin conocimiento de éste sustituirse por un tercero en la obligación que había contraído, según prescribe la ley 15, tít. 14, Partida 5ª, la cual ordena que la novación del contrato con relación al deudor ha de ser á placer del acreedor: que no habiendo cumplido el demandado sus obligaciones y estando imposibilitado de cumplirlas porque renunció sus derechos á favor de un tercero, había quedado libre de las suyas el demandante, según el precepto de la ley 5ª, tít. 6°, Partida 5ª, y en su virtud rescindido el contrato de 13 de Octubre de 1874, con la obligación por parte de Sancedo de satisfacer los daños y perjuicios á Ganivet, y concluyó solicitando: primero, que se condenase á D. Francisco Sancedo á que devolviera inmediatamente á Ganivet las dos carpetas ó láminas, números 8.008 y 8.009, de créditos contra el Estado que indebidamente retenía en su poder, y que sólo para los efectos de la conmutación le fueron entregadas: segundo, que se declare rescindido el contrato de 13 de Octubre de 1874, por el cual D. Antonio Ganivet cedió, renunció y traspasó en favor de Sancedo los derechos que le correspondían para obtener como libres los bienes de la capellanía que fundó en Cogollos Vega D. Antonio Fernández Soto y Muñoz: tercero, que se declarase nulo el contrato de cesión de derechos á los bienes de dicha capellanía, celebrado entre Sancedo y Doña Rosario Moles en 1° de Julio de 1877: cuarto, que se declarase que en la conmutación de los bienes llevada á cabo por Doña Rosario Moles debía subrrogarse D. Antonio Ganivet, que abonaría á aquélla el importe del valor de los títulos de la Deuda del Estado que entregó, valorándose al tipo de cotización, y los demás gastos: quinto, que se condenase á Sancedo á la indemnización de daños y perjuicios por valor de 1.000 pesetas, y además al importe de las rentas que Ganivet había dejado de percibir, á razón del tipo anual en que las fincas se encontrasen arrendadas; entendiéndose ambas partidas con el aumento de un 6 por 100 de rédito anual, y deduciéndose de las mismas la cantidad de 425 pesetas que el demandante tenía percibidas en varias ocasiones del demandado:

Resultando que conferido traslado á D. Francisco Sancedo, no compareció, por lo que le fué acusada la rebeldía, entendiéndose las sucesivas diligencias respecto del mismo con los estrados del Juzgado; renunciado por el demandante el trámite de dúplica, se recibieron los autos á prueba practicándose las propuestas por aquél, y en 16 de Enero de 1882 el Juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo á D. Francisco Sancedo Vázquez de la demanda interpuesta por D. Antonio Ganivet, reservando á éste su derecho para que pueda hacerlo valer en la vía y forma correspondiente contra el D. Francisco á virtud del contrato que celebraron por la escritura de 13 de Octubre de 1874, sin expresa condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que en 2 de Diciembre de 1882 pronunció la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, D. Antonio Ganivet Reyes interpuso recurso de casación por conceptuar infringidas:

1° La ley 5ª, tít. 6°, Partida 5ª y la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Mayo de 1881, con arreglo á cuya ley aquel que dió la cosa para que otro hiciera algo puede pedir á su acreedor cuando ese otro no cumpla lo pactado, bien que se le devuelva la cosa que dió, que es lo mismo que la rescisión del contrato interesada por Ganivet, ó bien que se abonen los daños y perjuicios que se

le hubieren ocasionado, porque la demanda origen de este pleito, en cuanto pedía la rescisión del contrato de 13 de Octubre de 1874, se funda no sólo en ser leonino y contener el pacto de cuota litis, sino también y principalmente en que el obligado Sancedo no había cumplido ni podía cumplir por su parte lo que prometió, puesto que delegó sus obligaciones en un tercero á espaldas del acreedor; y habiéndose utilizado en justificación de este extremo los oportunos medios de prueba al absolver la sentencia recurrida bajo el concepto tan sólo de no ser el contrato leonino ni contener el pacto de cuota litis, prescindiendo de declaraciones sobre la rescisión fundada en el segundo extremo á que se refería la demanda, priva al recurrente del beneficio que usaba en virtud de lo dispuesto en la ley 5ª, tít. 6°, Partida 5ª en su segundo caso:

2° La ley 16, tít. 12, Partida 3ª; los artículos 359 y 361 de la ley de Enjuiciamiento civil y las sentencia de 12 de Marzo y 18 de Mayo de 1878 y 15 de Noviembre de 1880, con arreglo á las que la sentencia debe ser congruente con lo pedido y excepcionado, no pudiéndose bajo ningún pretexto aplazar ni dilatar en ellas la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito, y deberán además ajustarse no sólo á la cosa sobre que contienden las partes sino que también á la manera en que se hace la demanda, ó sea á la acción que ejercitan y fundamento ó razón legal en que lo apoyan, siendo en otro caso nulas las declaraciones que contengan; puesto que en la demanda se ejercitó la acción que nace del contrato de 1874, de pedir su rescisión cuando el obligado falte á lo que prometió, se discutió esta cuestión durante el pleito, y quedó como hecho inconcuso y reconocido en la sentencia la falta de cumplimiento por parte de Sancedo: y sin embargo la sentencia no se ocupa del fundamento legal en que se apoya la rescisión, y en su parte dispositiva no resuelve esta cuestión, dilatándola en el hecho de reservar al recurrente su derecho contra Sancedo á virtud del expresado contrato, cuando precisamente ese derecho era el que ejercitaba al pedir la rescisión del mismo; por manera que es evidente que la sentencia es incongruente con la demanda y deja sin resolver una de las cuestiones planteadas y discutidas en el pleito:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la falta de cumplimiento de un contrato por una de las partes obligadas puede dar lugar á que se la compela ante los Tribunales á cumplir lo pactado; pero no es por regla general motivo de rescisión, porque ésta presume la existencia de un vicio de nulidad en la contratación, como el error, la violencia, el dolo, etc., que en el presente caso no constituye la razón de la demanda:

Considerando que aun cuando el contrato en cuestión mereciese con preferencia á la calificación de venta ó cesión de derechos la del innominado *do ut facias*, ó sea una de las cuatro fórmulas consignadas en la ley 5ª, tít. 6°, Partida 5ª, y aun cuando dentro de esta hipótesis pudiera equipararse á una verdadera rescisión, como supone el recurrente, la facultad que dicha ley concede al que cumple lo pactado contra el que no lo cumple, de que se le devuelva lo que dió ó que se le indemnicen daños y perjuicios, esa facultad ha cesado desde que según la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación es obligatoria y exigible toda promesa, y por lo tanto no es aplicable en ningún sentido al caso la citada ley de Partida, ni ha sido infringida por la sentencia, como se pretende en el primer motivo del recurso:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la ley 16, tít. 12 de la Partida 3ª, ni los artículos 359 y 361 de la de Enjuiciamiento, ni las doctrinas, por último, que se invocan en el segundo motivo del recurso calificando la sentencia de incongruente con lo pedido, porque la absolución de la demanda abraza, resuelve y desestima todos los extremos comprendidos y numerados en la súplica, y entre ellos el de la rescisión del contrato, siendo obvio por demás que la reserva de derechos hecha en favor del recurrente contra Sancedo no dilata la resolución de dicho extremo litigioso, como se supone en el recurso porque esos derechos se refieren, no á la rescisión denegada, sino á que se cumpla lo pactado, puesto que no ha sido objeto de discusión;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Antonio Ganivet Reyes á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva, si mejorase de fortuna, se distribuirá en la forma prevenida por la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Granada, con devolución del apuntamiento y documentos remitidos por la misma.—(Sentencia publicada el 27 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Enero de 1884.)

303

Recurso de casación en la forma (27 *de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—Desahucio.—No ha lugar al interpuesto por D. Jaime Vidal con D. José Font (Juzgado de Villafranca del Panadés), y se resuelve:

1º *Que según lo dispuesto en el núm.* 6º *del art.* 1693 *de la ley de Enjuiciamiento civil, ha lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma por incompetencia de jurisdicción, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo y no se halle comprendido en el núm.* 6º *del artículo anterior*:

2º *Que con arreglo al núm.* 7º *de aquel artículo procede dicho recurso así bien por haber concurrido á dictar sentencia uno ó más Jueces, cuya recusación, fundada en causa legal é intentada en tiempo y forma, hubiese sido estimada, ó se hubiese denegado siendo procedente*:

3º *Que no está comprendida en el núm.* 6º *del dicho art.* 1693 *la incompetencia por razón de la materia, alegando como motivo del recurso que el demandado viene sosteniendo que no se trata de un contrato de arrendamiento ni de aparcería, en el que pasado el término del aviso pueda tener cabida el desahucio, y sí del de rabassa morta, en el que se dice causahabiente del que tomó las fincas en tal concepto*;

Y 4º *Que no es aplicable el núm.* 7º *del citado artículo, si la incompetencia se hace consistir en la denegacion de la recusación del Juez municipal en funciones del de primera instancia con arreglo á la ley; y tal recusación, aun cuando se hubiese alegado en tiempo y forma, no era procedente por no ser legal la causa en que descansaba, toda vez que el interés que se atribuía al mencionado Juez no es ciertamente el á que se refiere el núm.* 8º *del art.* 189 *de la repetida ley, sino que se funda tan sólo en suponer que como Abogado y de aquel domicilio no habría de*

proceder con imparcialidad por no malquistarse, y si antes bien hacerse buen lugar con los propietarios en general.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Octubre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado municipal de Lavid y en el de primera instancia de Villafranca del Panadés por D. José Font con D. Jaime Vidal sobre desahucio de cierta finca; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Vidal, á quien han representado y defendido en este Tribunal Supremo el Procurador D. Angel Calvo y el Licenciado D. Ricardo Díaz Merry, no habiendo comparecido D. José Font:

Resultando que en 14 de Agosto de 1882 D. José Font dedujo en el Juzgado municipal de Lavid demanda contra D. Jaime Vidal Pareilada sobre desahucio de una finca situada en aquel término municipal, y expuso que el demandado cultivaba de propiedad del demandante aparte de frutos por tiempo indeterminado una pieza de tierra, parte viña y parte olivar: que en acto de conciliación celebrado en 12 de Agosto de 1881 el demandante requirió á Vidal para que dentro del término de un año dejara libre y expedita y á su disposición la indicada pieza de tierra, á lo que el demandado contestó que estaba conforme, mediante que se le abonasen los derechos que tuviere en la expresada finca, y fundado en que el contrato de aparcería tiene la consideración de arrendamiento y que los arrendamientos sin tiempo determinado fenecen, avisándose cualquiera de las partes con un año de anticipación, pidió se convocase á las partes á juicio verbal y en definitiva se dictase sentencia declarando haber lugar al desahucio, imponiendo todas las costas al demandado, y apercibiéndole de lanzamiento si no lo verificaba en el acto:

Resultando que convocadas las partes á juicio verbal, el actor reprodujo su demanda, y Vidal contestó que negaba la demanda y protestaba de ella por improcedente, porque no era arrendatario del demandante, sino dueño útil de la viña que se le reclamaba en virtud de su título de establecimiento á rabassa morta otorgada en 1° de Mayo de 1882 á favor de su causante Julián Vía; que basándose el derecho del demandado en un contrato enfitéutico traslativo de dominio y no en un arrendamiento, el Juzgado no podía admitir ni entender en la demanda interpuesta á tenor del art. 1565 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que el demandado no era inquilino, colono, arrendatario, administrador, portero ni guarda del demandante, ni poseía la finca á título de precario, únicos títulos en que el actor podría fundar su demanda, á tenor del citado art. 1565; y pidió que se declarase improcedente la demanda de desahucio interpuesta por D. José Font, condenándole en las costas y al pago de gastos y perjuicios ocasionados al demandado; y seguido el juicio, el Juez municipal dictó sentencia en 24 de Noviembre de 1882 declarando no haber lugar á decretar el desahucio solicitado por D. José Font por no ser de la incumbencia del Juzgado, y condenó á dicho Font al pago de todas las costas del juicio, reservándole la facultad de usar de su derecho en el modo y forma que le conviniera:

Resultando que D. José Font interpuso apelación, que le fué admitida, y en su consecuencia se remitieron los autos al Juzgado de primera instancia de Villafranca del Panadés: que convocadas las partes á juicio verbal, tuvo efecto ante dicho Juez en 12 de Diciembre de 1882, y en 14 de dicho mes el Juez municipal Letrado dictó providencia por la que, en virtud de haberse encargado del Juzgado de primera ins-

tancia, dispuso se convocase á las partes á una nueva comparecencia:

Resultando que citadas las partes para su celebración, D. Jaime Vidal presentó escrito en 7 de Enero, en el que expuso que el Juez municipal encargado de la jurisdicción tenía evidente interés en el pleito, como en todos sus semejantes, toda vez que como Abogado y por su domicilio le convenía obtener la confianza y amistad de la clase de propietarios, á los cuales perjudicaría el fallo de este litigio favorable á la parte de Vidal; y como este motivo se hallaba expresamente indicado en la causa 8ª del art. 189 de la ley de Enjuiciamiento civil, formulaba la oportuna recusación de dicho Juez, de conformidad con lo prescrito en el citado artículo y en los 1570, 715 y 10, excepción 2ª:

Resultando que celebrado el juicio verbal en el día señalado 8 de Enero, y dada cuenta del relacionado escrito de Vidal, el Juez municipal, interino de primera instancia, desestimó de plano la recusación pretendida por Vidal; y después de haber alegado la parte apelante, única personada, el mencionado Juez por sentencia de 11 del repetido mes de Enero, revocando la apelada, declaró haber lugar al desahucio instado por D. José Font; apercibiendo á D. Jaime Vidal de lanzamiento si no desalojaba la finca en el acto y condenándole en las costas:

Resultando que D. Jaime Vidal y Parellada interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en las causas 6ª y 7ª del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, y al efecto alegó:

1º Que era notoria la incompetencia con que han obrado en el presente juicio, así el Juzgado municipal que lo reconoció, como el de primera instancia que no quiso reconocerlo por no llegar su jurisdicción á conocer de un desahucio que no se fundaba en ninguna de las causas taxativas del art. 1562 de la ley: que en efecto no podía concurrir causa alguna de aquellas tres cuando se refieren á un contrato de arriendo que no existe, pues no lo ha presentado el actor, y ha negado el convenido, demostrando su inexactitud con la presentación de la escritura del establecimiento á rabassa morta, cuya sola existencia justifica la legítima posesión de la misma:

2º Que concurría además la causa 7ª del art. 1693 de la ley, pues el Juzgado había dictado la sentencia á pesar de habérsele recusado en tiempo y forma, en tiempo porque ni la comparecencia verbal del juicio equivale á la citación para sentencia, ni era posible formularla antes del señalamiento, porque se había celebrado ya con otro Juez y no se tuvo noticia de que el recusado estuviese encargado del despacho y del conocimiento de estos autos hasta que se le notificó la providencia convocando á nueva comparecencia por haber sido trasladado el Juez ante quien se había celebrado la primera, y en forma porque se alegó una de las causas legales; y el juramento, en cuya falta se hace consistir la informalidad, no debió prestarlo al suscrito por exigirlo el artículo 195 de la ley; sólo debe prestarlo el que se hallare en el lugar del juicio, y el recurrente no residía en él, aparte de que no se ordenó su ratificación:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que según lo dispuesto en el núm. 6º del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma por incompetencia de jurisdicción cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo y no se halle comprendido en el núm. 6º del artículo anterior:

Considerando que con arreglo al núm. 7° de aquel artículo, procede dicho recurso así bien por haber concurrido á dictar sentencia uno ó más Jueces, cuya recusación fundada en causa legal é intentada en tiempo y forma hubiese sido estimada, ó se hubiese denegado siendo procedente:

Considerando que la incompetencia de jurisdicción alegada como excepción perentoria ante el Juez municipal de Lavid, después ante el de Villafranca del Panadés que conocía en apelación por estar encargado del Juzgado de primera instancia, y últimamente como fundamento del recurso de casación por quebrantamiento de forma, no está comprendida en el núm. 6° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque es por razón de la materia, y al proceder no se ha infringido trámite alguno, por lo que el motivo del recurso en este punto está reducido á que el demandado viene sosteniendo que no se trata de un contrato de arrendamiento ni de aparcería, en el que pasado el término del aviso pueda tener cabida el desahucio, y sí del de rabasa morta, en el que se dice causa habiente del que tomó las fincas en tal concepto, si bien por otra parte resulta que, lejos de tenerse esto por probado, se ha establecido lo contrario en definitiva:

Considerando que tampoco es aplicable al caso presente el núm. 7° del citado artículo, porque la incompetencia se hace consistir también en la denegación de la recusación del Juez municipal en funciones del de primera instancia con arreglo á la ley; y tal recusación, aun cuando se hubiese alegado en tiempo y forma, no era procedente por no ser legal la causa en que descansaba, toda vez que el interés que se atribuía al mencionado Juez no es ciertamente el á que se refiere el número 8° del art. 189 de la repetida ley, pues se fundaba tan sólo en suponer que como Abogado y de aquel domicilio no habría de proceder con imparcialidad por no malquistarse, y si antes bien hacerse buen lugar con los propietarios en general:

Considerando, por tanto, que carece de fundamento legal el presente recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Jaime Vidal y Parellada, á quien condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que, caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá en la forma prevenida por la ley; devuélvanse los autos al Juzgado de primera instancia de Villafranca del Panadés, con la correspondiente certificación.—(Sentencia publicada el 27 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 20 de Noviembre del mismo año.)

304

Recurso de casación en la forma (*27 de Octubre de* 1883).—*Sala tercera.*—DEVOLUCIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD.—No ha lugar al interpuesto por D. Lorenzo Aloy con D. Jerónimo Marsal (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que la falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias, cuando procediere con arreglo á derecho, autoriza el recurso de casa-*

ción por quebrantamiento de forma, conforme á lo dispuesto en el caso 3°, art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Y 2° Que si el recibimiento á prueba pedido en segunda instancia por el demandante no es procedente con arreglo á derecho, porque originado de documentos anteriores á los escritos de demanda y contestación, aunque recibidos después, carece su presentación en autos del juramento prescrito en el caso 2°, art. 506 de la citada ley de Enjuiciamiento civil, requisito indispensable para que tenga lugar; su denegación no produce el expresado quebrantamiento de forma.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Octubre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pino de la ciudad de Barcelona y en la Sala primera de la Audiencia del mismo territorio por D. Lorenzo Aloy, del comercio de dicha capital, con D. Jerónimo Marsal, carpintero, de la propia vecindad, sobre devolución de acciones de la Sociedad *Aguas subterráneas del río Llobregat*, habiendo representado y defendido en este Tribunal Supremo al Aloy el Procurador D. Manuel Aguilar y el Licenciado Don Enrique Valle y Larrea:

Resultando que en 10 de Julio de 1880 D. Lorenzo Aloy dedujo demanda, exponiendo que en 1877 dejó en poder de D. Javier Cuadros 10 obligaciones al portador de las aguas subterráneas del río Llobregat, desde el núm. 2.836 al 2.845, las cuales retenía en su poder sin ningún título legal D. Jerónimo Marsal, diciendo habérselas vendido Cuadros en 6 de Junio de 1877; y pidió que se condenase á Marsal á entregarle las 10 referidas obligaciones, juntamente con el importe de los intereses, cupones ó créditos que hubiese percibido hasta la entrega, y no verificándolo se le condenase á la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por su resistencia, y al pago de las costas:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Jerónimo Marsal, pretendió se le absolviese de la demanda, con imposición al D. Lorenzo Aloy de silencio y callamiento perpetuo, y condenándole al resarcimiento de daños y perjuicios y pago de costas; alegando al efecto que las obligaciones en cuestión se las había vendido D. Javier Cuadros por el precio de 110 duros:

Resultando que al replicar el actor, reprodujo la pretensión de su demanda, y el demandado en la dúplica pidió que en el caso de no quedar absuelto de la demanda se condenase á D. Javier Cuadros por evicción y saneamiento á devolver el precio que le entregó Marsal por la compra de las acciones, con los intereses legales que hubieran devengado desde la fecha del contrato de venta y los que devengasen en lo sucesivo, y además al reintegro de los aumentos de la cosa, daños y perjuicios y costas:

Resultando que citado de evicción D. Javier Cuadros á instancia de Marsal, le fué acusada la rebeldía por su no comparencia, y se le señalaron los estrados para las sucesivas diligencias: que recibido el pleito á prueba y practicadas las que las partes propusieron por medio de posiciones, documentos y testigos, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 11 de Octubre de 1881 absolviendo á D. Jerónimo Marsal de la demanda, con imposición de costas al actor:

Resultando que admitida la apelación que D. Lorenzo Aloy interpuso, se remitieron los autos á la Superioridad; y entregados al apelante para instrucción, la evacuó en escrito de 15 de Febrero de 1882,

exponiendo por un otrosí que con posterioridad á la sentencia proferida por el Juez D. Francisco Javier Cuadros había entregado una liquidación hecha de su puño y letra y timbrada con su sello, que acompañaba: que el mismo Cuadros entregó un recibo firmado por D. Jerónimo Marsal en 17 de Diciembre de 1877: que los mencionados hechos, como ocurridos con posterioridad á la primera instancia, estaban comprendidos en el párrafo tercero del art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues tenía influencia notoria en el procedimiento, toda vez que el saldo que resultaba de la liquidación núm. 1 explicaba que Marsal tuviera empeño en quedarse con las obligaciones, y por ello pidió que se abriera los autos á prueba para justificar los extremos continuados en este escrito: que en 22 de Marzo Aloy presentó otro escrito, con el que, utilizando el derecho concedido por el art. 863 de la ley de Enjuiciamiento civil, acompañó un acta notarial de la que consta que requirió á D. Javier Cuadros para que hiciese ciertas declaraciones, que hizo en efecto, y presentó un pliego de posiciones para que las absolviera D. Jerónimo Marsal:

Resultando que la Sala primera de la Audiencia por auto de 11 de Abril de 1882 declaró no haber lugar á la admisión de los documentos presentados con los escritos de 15 de Febrero y 22 de Marzo, los que se devolvieron, igualmente que el pliego de posiciones, á la parte que los había presentado, ni al recibimiento á prueba, ni al de las posiciones solicitadas:

Resultando que confirmada, con las costas, la sentencia del Juez por la que la referida Sala primera de la Audiencia dictó en 5 de Marzo último, por parte de D. Lorenzo Aloy se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en las causas 3ª y 5ª del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, esto es, por falta de recibimiento á prueba en la segunda instancia y por no haberse admitido las posiciones que presentó con el escrito de 22 de Marzo de 1882; y por un otrosí protestó interponer en su caso y lugar recurso de casación por infracción de ley:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que la falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias cuando procediere con arreglo á derecho autoriza el recurso de casación por quebrantamiento de forma, conforme á lo dispuesto en el caso 3°, art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que el recibimiento á prueba pedido en segunda instancia por D. Lorenzo Aloy no es procedente con arreglo á derecho, porque originado de documentos anteriores á los escritos de demanda y contestación, aunque recibidos después, carece su presentación en autos del juramento prescrito en el caso 2°, art. 506 de la citada ley de Enjuiciamiento civil, requisito indispensable para que tenga lugar el recibimiento á prueba en el presente caso:

Considerando, por tanto, que no existen los quebrantamientos de forma que el recurrente alega;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Lorenzo Aloy, á quien condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositarse, la que, caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese á su tiempo la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona.—(Sentencia publicada el 27 de Octubre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 20 de Noviembre del mismo año.)

305

Recurso de casación (2 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO.—Ha lugar al interpuesto por D. Manuel Segarra con D. Vicente Gual (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que al tenor de lo dispuesto en el art. 281 *de la ley de Enjuiciamiento civil de* 1855, *aplicable al presente litigio, el cotejo de los documentos públicos es innecesario cuando la persona á quien perjudican les presta su asentimiento expreso.*

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Castellón de la Plana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia por D. Manuel Segarra Guimerá, propietario, vecino de Cabanes; con D. Vicente Gual Llorens, labrador, de la propia vecindad, y D. Francisco Castellet Segarra, en rebeldía, sobre tercería de dominio; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de D. Manuel Sagarra por el Procurador D. Joaquín Díaz Pérez, bajo la direccion del Licenciado D. León Galindo de Vera, habiendo representado y defendido á Gual el Procurador D. Juan Antonio Asensio y el Licenciado D. Juan Alvarado:

Resultando que en 16 de Noviembre de 1871 se otorgó por Francisco Castellet Segarra á favor de Manuel Segarra Guimerá una escritura de venta de una casa horno de pan cocer, en cuyo solar edificó otra casa habitación, situado todo en el poblado de Cabanes, calle de la Morera, señalado el horno con el núm. 6 y la casa sin número, que adquirió de la Nación en 22 de Octubre de 1864; cuya venta hizo al Segarra, la del horno por 22.000 rs. y la casa por 2.915 rs., ó sea en conjunto 6.228 pesetas 75 céntimos, precio por el que las adquirió de la Nación, pagadero en 12 plazos que no había satisfecho aún, si bien uno de ellos, que era ya vencido, lo satisfaría el otorgante en la misma fecha de la escritura; ésta se inscribió en el Registro de la propiedad:

Resultando que en 18 de Febrero de 1882 D. Manuel Segarra Guimerá, acompañando la relacionada escritura, dedujo demanda de tercería de dominio, en la que expuso que despachada ejecución á instancia de Joaquín Paladie contra Francisco Castellet fueron embargadas, entre otras fincas, el horno de pan cocer y la casa referida; que hallándose en la vía de apremio, se justipreció el horno y casa en 1.864 pesetas; y no habiendo postor en la subasta, el ejecutante pidió en vez de retasa se le adjudicasen las fincas con exclusión del horno de pan cocer, porque se encontraba afecto por todo su precio á la responsabilidad que correspondía al Estado, que le vendió como procedente de bienes nacionales: que pedido y acordado el pago al ejecutante en otras fincas del deudor, y excluído el horno de pan cocer, el demandante compró éste y la casa edificada en parte del área de aquél, todo por 6.228 pesetas, superior al justiprecio que tienen en los autos; cantidad que había de pagar al Estado por los plazos que se debían: que el ejecutante, en vez de designar las fincas con que debía ser pagado, cedió el crédito á Vicente Gual Llorens por escritura de 25 de Junio de 1877, y aunque subrrogado en lugar del cedente, prescindiendo de la adjudicación pedida solicitó nueva subasta, previa retasa, pero sin acordarse de

la exclusión del horno y de la casa: que el justiprecio del horno era de 3.940 pesetas y el de la casa de 523 y por lo mismo un total de 4.463 pesetas, por el que se anunció la subasta, y el precio que debía al ejecutado por la compra que había hecho á la Nación era muy superior al dado á dichas fincas en la retasa; y después de alegar varios fundamentos de derecho, concluyó solicitando se suspendieran los procedimientos de apremio contra dichos bienes, declarando que la casa y horno pertenecían al demandante sin ninguna responsabilidad, por lo menos en cuanto al ejecutante, sin perjuicio de cualquiera otra acción que pudiera utilizar:

Resultando que conferido traslado al ejecutante Vicente Gual Llorens, le evacuó exponiendo que no tenía interés que Manuel Segarra se quedase con el dominio de la finca del horno y de la casa contigua, pero sí se oponía á que se le entregase el dominio libre de toda responsabilidad, porque se hallaba gravada con una hipoteca inscrita en el Registro que no se había cancelado, habiendo hecho la inscripción con fecha anterior á la compra: que además de la hipoteca se hallaba embargada por mandamiento del Juzgado á las resultas del ejecutivo entablado para hacer pago del crédito que dicha finca aseguraba con la mencionada hipoteca, y cuyo embargo estaba anotado en el Registro también con fecha anterior á la compra de la finca, la cual tampoco se había cancelado; y que Manuel Segarra adquirió por compra el horno y casa contigua cuando el ejecutivo contra Castellet estaba en el período de apremio; y que existiendo hipoteca á favor del demandado sobre las dos fincas y anotación preventiva de embargo anterior á la venta, eran responsables las fincas hasta tanto que pagado el acreedor se alzase el embargo y se cancelase la hipoteca y la anotación; por lo que pidió que se declarara que la finca del horno y casa contigua estaba sujeta á la responsabilidad de la hipoteca inscrita en el Registro de la propiedad que garantiza el crédito del demandado y que motivó el expresado juicio ejecutivo, y sujeto también á la anotación preventiva de embargo hecha en aquel juicio para responder del principal y costas; todo lo cual debía pagar el Segarra para salvar la venta de aquéllos en pública subasta, y que continuase el procedimiento ejecutivo contra la referida finca:

Resultando que seguido el traslado para con el ejecutado Francisco Castellet, y no habiendo comparecido, se le acusó la rebeldía: que comunicados los autos al demandante para réplica, al formalizarla amplió los fundamentos de su demanda, negando que sobre las fincas en cuestión hubiera existido ni existiera hipoteca especial, y que las anotaciones preventivas pueden cancelarse cuando sea procedente, aunque no consienta la persona en cuyo favor se hubiesen hecho; y duplicado D. Vicente Gual, insistió en sus anteriores alegaciones, añadiendo que la escritura de 16 de Noviembre de 1871, por la que Francisco Castellet, erigiéndose en dueño del solar y horno, le vendió á D. Manuel Segarra, era nula, de ningún valor ni efecto, porque el vendedor carecía de título legal para vender, y por consiguiente de personalidad bastante para otorgar dicho contrato. puesto que el horno estaba embargado judicialmente, inscrito el embargo en el Registro de la propiedad en virtud de mandamiento judicial, mandamiento que no estaba cancelado, porque los procedimientos de apremio continuaban contra los bienes del deudor, incluyéndose el horno; y pidió se le absolviera de la demanda y se declarase nula la escritura de 16 de Noviembre de 1871

con las costas al demandante, reservando á Gual el derecho para intentar las acciones correspondientes contra la persona ó personas responsables por haber otorgado un contrato simulado y penado en el Código:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas por las partes, y unidas, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que fué confirmada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia en 5 de Diciembre de 1882, absolviendo á D. Vicente Gual y D. Francisco Castellet de la demanda de tercería interpuesta por Don Manuel Segarra; atendiendo, entre otras consideraciones, á que para ser eficaz en juicio los documentos públicos y solemnes que hayan venido al pleito sin citación, contraria, es preciso que se cotejen con sus originales previa dicha citación, á no ser que la persona á quien perjudiquen hubiese prestado á ellos asentimiento expreso, y que el actor no ha pedido el cotejo de la escritura de compraventa que acompañó á la demanda, venida á los autos sin citación contraria, el demandado no ha prestado su asentimiento á dicho documento, atacándolo por el contrario como nulo:

Resultando que D. Manuel Segarra interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1º Que la sentencia recurrida al absolver de la demanda por no haberse cotejado la escritura con su original, siendo así que no se redarguyó de falsa, ha infringido la ley 114, título 18, Partida 3ª, que dispone que valgan las escrituras que no tengan las falsedades ó defectos que se marcan en las leyes; el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, conforme con la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en varias sentencias y confirmada por el art. 397 de la ley moderna, de que el cotejo sólo es necesario cuando se redarguyen de falsas civilmente las escrituras:

2º Que al fundar la sentencia la absolución de la demanda en que no ha justificado su dominio el tercerista, ha infringido la doctrina de que cuando asiente el demandado á la verdad de los hechos de la demanda, no necesita el demandante probar lo concedido y admitido como indiscutible en el pleito; y habiendo manifestado Gual en la sentencia que no se oponía al dominio de Segarra en la finca, no tenía éste necesidad de justificarlo:

3º Que al fundar la sentencia la necesidad del cotejo de la escritura de compra en que el demandado no le había prestado asentimiento expreso, atacándola por el contrario como nula, siendo así que esta excepción sólo se había alegado en la dúplica, cuando en la contestación se había reconocido la validez del documento, se han infringido las leyes 7ª y 8ª del título 3º de la Partida 3ª y los artículos 251 y 256 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, de todos los que se deduce que las excepciones se han de oponer precisamente en la contestación, y que en la dúplica sólo se permite modificar ó adicionar los puntos de hecho y de derecho que se hayan consignado en la contestación, no prescindir de ellos y sustituirlos por los que se exponen en la dúplica:

4º Que al absolver la sentencia de la demanda al demandado por falta de cotejo de la escritura, siendo así que no se alegó esta razón, se ha infringido la doctrina corriente de que el Juez nada puede hacer de oficio en los pleitos civiles sino fallar según lo alegado y probado:

5º Que al absolver á Vicente Gual, cesionario del acreedor, y á Francisco Castellet, dueño anterior de la finca y vendedor de ella, de la de-

manda de tercería, se ha infringido la doctrina de que la sentencia ha de ser congruente con la demanda y con la contestación y no ha de conceder más de lo que se pide en la una y excepciona en la otra; porque habiendo pedido Segarra que se declarase el dominio que tenía en las fincas libre de todo gravamen, y habiendo reconocido Gual el dominio aunque sujeto á la responsabilidad del embargo, al declarar la sentencia que no ha justificado Segarra su dominio en absoluto, y absolver por ello de la demanda á Gual y Castellet, no es congruente la sentencia con la demanda ni con la contestación y concede al demandado más de lo que había pedido:

6º Que al expresarse en la sentencia que no cabe decidir respecto á las demás cuestiones discutidas por las partes, se ha infringido el principio legal de que en la sentencia se han de resolver todas las que hayan sido objeto del litigio:

7º El art. 71 de la ley Hipotecaria, que permite enajenar los bienes anotados preventivamente con tal de que no se perjudique el derecho del anotado, y en este caso no se perjudicaba, puesto que todo el valor y aun más del en que se habían justipreciado las fincas era insuficiente para cubrir la primera hipoteca al Estado por el precio de los plazos que todavía se deben:

8º Los artículos 79 y 83, párrafo segundo, de la ley Hipotecaria, y 74, párrafo segundo, del reglamento, al no mandarse en la sentencia la cancelación de la anotación del embargo y la declaración consiguiente de la libertad de la finca vendida:

9º El principio jurídico de que el cesionario de un crédito deducido en juicio se subrroga en los derechos, acciones y obligaciones del cedente:

10. El principio de derecho de que todo hombre está obligado á permitir lo que sin perjudicarle favorece á otro:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la sentencia recurrida absuelve al demandado Don Vicente Gual única y exclusivamente por falta de cotejo de la escritura de venta de 16 de Noviembre de 1871, que á juicio del Tribunal sentenciador la hace tan eficaz que nada debe decir acerca de las demás cuestiones debatidas en el pleito:

Considerando que al tenor de lo dispuesto en el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, aplicable al presente litigio, el cotejo de los documentos públicos es innecesario cuando la persona á quien perjudican les presta su asentimiento expreso; circunstancia que aquí concurre, porque el demandado D. Vicente Gual le prestó al consignar en su escrito de contestación á la demanda que no tenía interés en que D. Manuel Segarra se quedase con el dominio de la casa y horno reclamados, y después al impugnar en la dúplica la validez de la venta de dichos bienes, no por la forma de la escritura, sino por falta de capacidad en su otorgante D. Francisco Castellet, de donde se deduce que la sentencia recurrida infringe las leyes y doctrinas invocadas en los seis primeros motivos de casación;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Manuel Segarra contra la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia en 5 de Diciembre de 1882; en su consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia: devuélvase al recurrente el depósito que consti-

tuyó.—(Sentencia publicada el 2 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Enero de 1884.)

306

Recurso de casación (2 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—No ha lugar al interpuesto por Doña Felisa Pérez Rodríguez con D. Fabián Maestre (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que es doctrina legal sancionada por el Tribunal Supremo, que si bien corresponde á la mujer la administración de los bienes parafernales en el caso de que conserve el señorío de ellos, esto se entiende sin perjuicio de la intervención que según la ley 55 de Toro debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia y autoridad no puede aquélla concurrir ni celebrar por sí, y de que como Jefe de familia y para atender á sus necesidades perciba y disponga de los referidos bienes:*

2º *Que en tal concepto, y no habiendo declarado la sentencia recurrida el dominio del marido sobre los productos de los bienes de su mujer sino con la obligación de levantar las cargas del matrimonio, es indudable que dicho fallo no contiene el error de derecho de afirmar que la mujer no tiene una personalidad distinta cuando litiga con su marido, ni infringe la ley 17, tít. 14, Partida 4ª, la cual sólo es aplicable con la limitación que establece la expresada doctrina legal:*

3º *Que es inoportuna la cita en este caso de la ley 3ª, tít. 3º, libro 3º del Fuero Real, puesto que en nada afecta á la cuestión litigiosa el principio consignado en la misma, que reconoce la sentencia impugnada, de que los productos de los bienes de la sociedad conyugal son comunes de por mitad á ambos cónyuges, cualquiera que sea la importancia de los que cada uno aportó al matrimonio:*

4º *Que no es de estimar el motivo de casación que se dirige contra un considerando, lo cual no puede servir de fundamento legal para la misma, según tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo:*

5º *Que es innegable que cuando el demandado afirma un hecho en apoyo de sus excepciones, tiene la obligación de probarlo;*

Y 6º Que la obligación del marido de satisfacer por litis expensas las cantidades necesarias sólo es exigible en la forma directa y adecuada que establecen las leyes, y no de la manera irregular de un procedimiento ejecutivo seguido contra la esposa.

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Arévalo y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de este distrito por D. Fabián Maestre, Médico, vecino de Medina del Campo, con su esposa Doña Felisa Pérez Rodríguez, propietaria, y D. Apolinar Pérez García, que renunció á ser parte, sobre tercería de dominio; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de la Doña Felisa por el Procurador D. Felipe Cano, bajo la dirección del Licenciado D. Apolinar Pérez García:

Resultando que D. Fabián Maestre en 10 de Agosto de 1881 dedujo demanda de tercería de dominio á las rentas embargadas á su esposa Do-

ña Felisa Pérez Rodríguez en autos ejecutivos promovidos contra la misma por D. Apolinar Pérez García, Abogado, por débito de cantidad, cuyas rentas correspondientes al año 1880 obraban en poder de los renteros; al efecto expuso que habiendo contraído el demandante segundo matrimonio con la Doña Felisa, vivieron ambos esposos en perfecta armonía hasta que la segunda entabló contra su marido demanda de divorcio en el Tribunal eclesiástico de Valladolid, de la que desistió después: que restituída al domicilio conyugal, huyó de él en 19 de Enero de 1878, reproduciendo ante el Tribunal eclesiástico de Avila la demanda de divorcio, negándose á volver á la casa marital, adoptando una vida errante: que confiriendo sus poderes á su sobrino D. Apolinar Pérez, éste, por la intervención que tuviera en algunos negocios, supuso que había devengado honorarios en cantidad de 7.740 rs., por los que la promovió la demanda ejecutiva de que queda hecho mérito, durante cuyo tiempo Maestre ejerció actos de posesión y dominio en los bienes que su mujer aportó al matrimonio, rigiéndolos y gobernándolos sin oposición alguna hasta que por D. Apolinar Pérez se había lesionado su derecho por el embargo que solicitó y obtuvo en dicho juicio ejecutivo: que Doña Felisa Pérez, que por su propia voluntad se ausentó del domicilio conyugal, quebrantando preceptos obligatorios de Tribunales respetables, no tenía derecho para contratar con su sobrino ni con nadie sin permiso de su marido, puesto que no estando declarado el divorcio, ni por tanto rota la sociedad conyugal entre Maestre y su esposa, sólo él, que había levantado y levantaba las cargas de la sociedad conyugal, tenía derecho á percibir los productos de los bienes de la Doña Felisa; y diciendo ejercitar la acción reivindicatoria, concluyó solicitando que con suspensión del remate acordado de los frutos embargados por D. Apolinar Pérez, como de la pertenencia de Doña Felisa Pérez, se declarase que dichos correspondían en absoluto dominio al demandante, como así bien el metálico á que aquél se hizo extensivo, acordando en su virtud el alzamiento del embargo de unos y otros á disposición del demandante, con imposición de las costas á los demandados:

Resultando que admitida la demanda de tercería, se mandó suspender el procedimiento de apremio en los autos ejecutivos; y conferido traslado al ejecutante D. Apolinar Pérez García y ejecutada Doña Felisa Pérez, aquél presentó escrito exponiendo que renunciaba á ser parte en los autos, y se hubo por hecha la renuncia:

Resultando que Doña Felisa Pérez evacuó el traslado pidiendo se le absolviese de la demanda y se alzara la suspensión del juicio ejecutivo, con imposición de las costas al demandante; y para ello alegó que si bien es cierto que en fines de 1876 contrajo matrimonio con D. Fabián Maestre, por ciertas amenazas y hechos de éste la demandada tuvo necesidad de intentar el divorcio, siendo depositada judicialmente: que convenidos ambos cónyuges en volver á reunirse bajo ciertas condiciones, el Maestre no cumplió ninguna y se llevó á la demandada á un pequeño pueblo; en el que estuvo secuestrada, teniendo que huir y proponer nueva demanda de divorcio, solicitando y consiguiendo el depósito, cuya demanda aunque admitida estaba sin sustanciar á causa de cierta competencia suscitada que se hallaba pendiente: que si bien los productos de los bienes de la mujer deben ingresar en poder del marido para soportar las cargas del matrimonio, atenderlas y cumplirlas, el Maestre no debía disfrutar de tales beneficios, puesto que ni en poco

ni en mucho cumple con tales deberes, no paga las contribuciones: que la mujer casada, según el art. 1356 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua y 1998 de la moderna, no necesita licencia del marido ni del Juez, y por tanto es evidente que la demandada litigó con personalidad propia, y causó costas que tiene que pagar con sus bienes, y si no los tuviera tendrá que abonarlas el marido por la obligación de dar litis expensas á su mujer:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones; y recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas por las mismas, el Juez de primera instancia por sentencia de 8 de Julio de 1882 declaró que D. Fabián Maestre, como marido de Doña Felisa Pérez y dueño de los productos de los bienes de ésta, y en el concepto de jefe de la sociedad conyugal, para con ellos levantar las cargas matrimoniales, es el que hoy debe percibir las 174 fanegas y media de trigo, cuatro de garbanzos y 820 rs. en metálico, renta que correspondiente al año 1880 fué embargada por D. Apolinar Pérez á su tía Doña Felisa Pérez en juicio ejecutivo contra la misma seguido por cobro de honorarios, y en el que se interpuso la presente demanda de tercería, alzándose el embargo causado en los mismos y entregándose al Maestre, previo testimonio de esta sentencia en el juicio ejecutivo en el que aquél se acordó, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del distrito dictó en 28 de Abril último, por parte de Doña Felisa Pérez se interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1° Que la Sala sentenciadora ha cometido error de derecho al afirmar que la mujer no tiene una personalidad distinta de la del marido cuando litiga con él, sino que por el contrario ínterin no exista una sentencia firme de divorcio no existe esta separación; y el error es manifiesto, pues desde el momento en que el juicio de divorcio existe, como se refiere precisamente á las relaciones del vínculo que une á marido y mujer, se interrumpen las leyes que regulan las relaciones de los cónyuges, y hay que convenir en que su personalidad es distinta, que no pueden confundirse siquiera en todo aquello que se refiere al juicio en que son partes opuestas: que como consecuencia del principio sentado es la personalidad que la ley de Enjuiciamiento civil reconoce á la mujer para comparecer en juicio sin necesidad de la licencia marital ni de la del Juez; disposición que la Sala sentenciadora infringe, puesto que impide á la recurrente el libre ejercicio de ese derecho al del dominio de D. Fabián Maestre los productos de los bienes parafernales de su mujer, tomando por base de esta resolución el principio de que, aun cuando el marido está obligado á sostener y levantar las cargas del matrimonio, no lo es menos que aquél ha debido pedirse, puesto que la mujer no puede comparecer en juicio:

2° Que igualmente se ha infringido la ley 3ª, tít. 3°, libro 3° del Fuero Real, porque en los bienes embargados en los autos ejecutivos seguidos contra la recurrente y que eran frutos de sus parafernales, tenía ésta dominio con arreglo á dicha ley, y la sentencia le priva de él declarando el dominio absoluto á D. Fabián Maestre:

3° Que asimismo se ha infringido la ley 17, tít. 11, Partida 4ª, que da á la mujer no solamente el dominio, sino también la administración de los productos de los bienes parafernales; y la jurisprudencia de este

Tribunal Supremo, que tiene en más de una sentencia declarado que ese derecho de la mujer en nada afecta al del esposo, que tiene la administración de los productos; pero que es indiscutible que la mujer tiene derecho á percibir los frutos y entregarlos al marido para su administración; que partiendo de esta interpretación dada á la ley no es posible dudar de que interin los productos de los bienes parafernales no son entregados por la mujer en virtud de la administración que ejerce no se entrega al marido, no empieza el ejercicio de éste á administrar; y la infracción es más evidente teniendo en cuenta que en el caso de autos el embargo se efectuó antes que las rentas venciesen y que las recibiese Doña Felisa, y por lo tanto antes de que tuviese derecho á disponer de esos productos D. Fabián Maestre:

4° Que el recurso se halla comprendido además en el caso 7° del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que la Sala sentenciadora en uno de los considerandos sostenía la teoría contraria á la ley de que la prueba de los hechos afirmados por el demandante, que lo era D. Fabián Maestre, correspondía al demandado, que lo era Doña Felisa Pérez, pues no otra cosa significa el consignar en un considerando que se decía por ésta que su esposo no levantaba ni solventaba cargas matrimoniales, y que este extremo no se ha probado por no ser demostración suficiente el que se haya dejado de pagar la contribución territorial por valor de 340 pesetas:

5° Que en la apreciación de la prueba ha habido evidentes errores de derecho; habiendo olvidado la Sala sentenciadora la jurisprudencia consignada por este Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Abril de 1878, que consigna la obligación del marido de dar para litis expensas, no ya de los bienes de la mujer, sino de los suyos propios, y por lo tanto que aun en la hipótesis de que los bienes embargados hubieran pertenecido á D. Fabián, nunca hubiera debido alzarse el embargo ni declararse de su dominio, ni aun admitir la tercería:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que es doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo, que si bien corresponde á la mujer la administración de los bienes parafernales en el caso de que conserve el señorío de ellos, esto se entiende sin perjuicio de la intervención que según la ley 55 de Toro debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia y autoridad no puede aquélla concurrir ni celebrar por sí, y de que como jefe de familia y para atender á sus necesidades perciba y disponga de los referidos bienes:

Considerando que en tal concepto, y no habiendo declarado la sentencia recurrida el dominio de D. Fabián Maestre sobre los productos de los bienes de su mujer sino con la obligación de levantar las cargrs del matrimonio, es indudable que dicho fallo no contiene el error de derecho que se alega en el primer fundamento del recurso, ni infringe la ley citada en el tercero, la cual sólo es aplicable con la limitación que establece la doctrina legal:

Considerando que es inoportuna la cita que se hace en el segundo motivo de la ley 3ª, tít. 3°, libro 3°, del Fuero Real, puesto que en nada afecta á la cuestión litigiosa el principio consignado en la misma, que reconoce la sentencia impugnada, de que los productos de los bienes de la sociedad conyugal son comunes de por mitad á ambos cónyuges, cualquiera que sea la importancia de los que cada uno aportó al matrimonio:

Considerando que tampoco es de estimar el cuarto motivo, pues prescindiendo de que se dirige contra un considerando, lo cual no puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado reiteradamente este Tribunal, es innegable que cuando el demandado afirma un hecho en apoyo de sus excepciones, tiene la obligación de probarlo, como sucede en el caso de autos con relación al señalado en el cuarto lugar del escrito de contestación:

Considerando que no tiene aplicación al presente litigio, ni por lo tanto ha podido infringir el fallo impugnado, la doctrina de que se hace mérito en el quinto motivo, puesto que la obligación del marido de satisfacer por litis expensas las cantidades necesarias sólo es exigible en la forma directa, y adecuada que establecen las leyes, y no de la manera irregular del procedimiento ejecutivo seguido contra la esposa de D. Fabián Maestre;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Felisa Pérez Rodríguez, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este territorio, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 2 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 15 de Enero de 1884.)

307

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (2 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—COBRO DE PESOS.—No ha lugar al interpuesto por D. José Somarriba con D. Agustín Fuentevilla (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que si en el testimonio remitido no aparecen los motivos ó fundamentos del recurso de casación por quebrantamiento en la forma, ni consta tampoco la reclamación de la parte para adicionarlo en el improrrogable término de cinco días, señalado al efecto en el art. 68 *de la ley de casación y revisión de lo civil de las provincias de Cuba y Puerto Rico, antes bien resulta su conformidad con el mismo por las partes, no puede haber lugar á dicho recurso.*

En la villa y corte de Madrid, á 2 de Noviembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Monserrate de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Agustín Fuentevilla, como liquidador de *Fuentevilla y compañía*, contra D. José Somarriba sobre cobro de pesos:

Resultando que en 28 de Enero de 1882 acudió D. Agustín Fuentevilla, como liquidador de la Sociedad Fuentevilla y compañía, al Juzgado de primera instancia de Monserrate, promoviendo diligencias para el reconocimiento de firmas de los pagarés á fin de entablar demanda ejecutiva contra D. José Somarriba, que fué declarado confeso después de haber sido citado por tres veces por medio de exhortos h-

brados al Juzgado de primera instancia de San Antonio de los Baños, en cuyo pueblo residía el deudor Somarriba:

Resultando que en 2 de Marzo siguiente formalizó D. Agustín Fuentevilla demanda ejecutiva contra D. José Somarriba por las sumas de 674 pesos 99 centavos en oro, y 505 pesos 84 centavos en billetes del Banco Español, que figuraban en los dos referidos pagarés, pretendiendo se cometiera el mandamiento de ejecución al Juzgado de San Antonio para el embargo de bienes: que así verificado, fué requerido de pago Somarriba por medio de cédula que se entregó á su hermano D. Valentín; se procedió al embargo de bienes, y fué citado el deudor de remate por medio de cédula entregada á D. Antonio del Hoyo:

Resultando que D. José Somarriba se opuso á la ejecución pidiendo se declarase su nulidad, con las costas á cargo del ejecutante y del Juez en la forma correspondiente, fundándose entre otras consideraciones en que desde hacía más de cinco años tenía su domicilio en la Habana, á pesar de lo cual había sido citado para el reconocimiento de firma ante el Juzgado de San Antonio, declarándole confeso por su no comparecencia, y despachándose en su virtud el mandamiento de ejecución: que tampoco se le había hecho el requerimiento de pago ni la citación de remate en su domicilio, ni se habían observado en dichas diligencias los requisitos prescritos por los artículos 955 y 959 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que conferido traslado de la oposición al ejecutante Fuentevilla, lo evacuó con la pretensión de que se desestimara la de nulidad deducida de contrario y que se mandara seguir adelante la ejecución, y al efecto alegó que el deudor Somarriba era vecino de San Antonio de los Baños y habitaba con su familia en la calle Real de aquella población: que había sido citado por tres veces legalmente en su domicilio de San Antonio para que reconociera la legitimidad de las firmas, habiéndose entregado las cédulas de citación á su hermano Don Valentín la primera y la tercera y á su pariente D. Antonio del Hoyo la segunda, los cuales al recibirlas prometieron poner su recibo en conocimiento del D. José, sin expresar nunca que aquél no fuese su domicilio y conviniendo en que allí residía: que el requerimiento de pago y la citación de remate se hizo en la morada del deudor por medio también de cédulas que se entregaron á las personas antes mencionadas, no habiendo por tanto faltado á los requisitos exigidos por la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que practicadas las pruebas propuestas por las partes, en 22 de Junio de 1882 dictó sentencia el Juez de primera instancia del distrito de Monserrate, declarando la nulidad de la ejecución, disponiendo en su consecuencia alzar el embargo de los bienes, con las costas al ejecutante; y admitida la apelación que éste interpuso, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por sentencia de 29 de Noviembre de 1882, revocando la apelada, mandó seguir adelante la ejecución hasta hacer trance y remate en los bienes del deudor, y con su producto completo pago al ejecutante de las sumas reclamadas y costas del juicio:

Resultando que contra esta sentencia interpuso D. José Somarriba recurso de casación, previo el correspondiente depósito, y manifestando que lo interponía por quebrantamiento de forma, sin que conste del testimonio remitido el artículo en que lo fundó, ni los motivos de casación, ni otro particular que el de haber sido admitido por la Au-

diencia, que ordenó la remisión á este Tribunal Supremo de la documentación necesaria para la decisión del recurso, acordando se sacara testimonio de los lugares que al efecto se designaron y se formara la relación del pleito, á la que prestaron las partes su conformidad:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que en el testimonio no aparecen los motivos ó fundamentos del presente recurso de casación por quebrantamiento en la forma, ni consta tampoco la reclamación de la parte para adicionarlo en el improrrogable término de cinco días, señalado al efecto en el artículo 68 de la ley de casación y revisión de lo civil de las provincias de Cuba y Puerto Rico, antes bien resulta su conformidad con el mismo por las partes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don José Somarriba, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad que depositó, que se distribuirá con arreglo á derecho: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 2 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

308

Recurso de casación (5 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.* —EJECUCIÓN DE SENTENCIA.—No ha lugar al interpuesto por D. Fidel Oleaga y Mac-Mahón con D. Benigno Salazar y Mac-Mahón (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

Que la sentencia dictada para el cumplimiento de una ejecutoria que se ajusta á lo dispuesto en ella, no la infringe; como tampoco al no hacer condenación de las costas de primera y segunda instancia, el artículo 950 *de la ley de Enjuiciamiento civil, una vez que recayó en un incidente.*

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. Fidel de Oleaga y Mac-Mahón, Gerente de la razón social F. de Oleaga y compañía, establecida en Liverpool, representado por el Procurador D. Ignacio Santiago y Sánchez y defendido por el Licenciado D. Francisco Silvela, con Don Benigno Salazar y Mac-Mahón, como curador de los hijos de D. Tiburcio Chavarri, y en su nombre el Procurador D. Miguel Urdiales Illana, bajo la dirección del Licenciado D. Angel Allende Salazar, sobre ejecución de sentencia:

Resultando que en documento privado fechado en Bilbao á 27 de Octubre de 1881, D. Tiburcio Chavarri se comprometió á tener á disposición de D. Nicolás de Olaguivel y embarcar á turno en los depósitos de San Nicolás 1.000 toneladas inglesas de mineral de campanill de Somorrostro, siempre que los buques tuvieran turno y estuvieran debajo del drops, siendo de su cuenta las estadías si no los cargasen, salvo cualquier accidente de carga mayor; comprometiéndose igualmente á cargar más de 1.000 toneladas por semana, y Olaguivel á re-

cibir de 500 á 1.000 según le conviniera, y si no recibiese en el término de un año 25.000 toneladas pagaría á Chavarri 2 reales por cada tonelada que dejara de tomar, habiendo sido cedido este contrato en 31 de Agosto de 1882 á favor de F. Oleaga y compañía, de Liverpool, con la aceptación de Chavarri, que lo prorrogó por otro año:

Resultando que en documento privado, firmado en Bilbao con intervención de Corredor á 15 de Noviembre de 1871, convinieron Don Tiburcio Chavarri y la razón social Fidel de Oleaga y compañía de Liverpool: primero, que Chavarri suministraría á dicha razón social durante el término de tres años 100.000 toneladas de mineral de hierro campanill de Somorrostro por terceras partes al año, puesto á bordo, libre de gastos, por el drops San Nicolás al precio que convinieron: segundo, que el pago se haría por su banquero de Londres á tres días vista sobre el importe de cada cargamento: tercero, que Chavarri se comprometía á entregar la cantidad que necesitasen por mes á opción de Oleaga, siendo responsable de cualquier demora en la entrega cuando los barcos estuviesen prontos para recibirla, salvo los casos de fuerza mayor: cuarto, que las entregas no empezarían hasta el 1º de Marzo de 1872 y terminarían en cualquier tiempo dentro de los tres años; y si al espirar este período Oleaga no hubiese recibido la cantidad mencionada pagaría á Chavarri 3 reales por cada tonelada que recibiese de menos, obligándose también á su vez á pagar aquéllos por los que dejasen de entregarles en el período mencionado: sexto, que si el Gobierno español impusiera derechos de exportación sobre mineral de hierro, Oleaga y compañía podrían optar por la anulación del contrato en caso de que recayesen sobre ellos, y D. Tiburcio Chavarri en caso de que recayesen sobre él; y séptimo á noveno, que todos los buques que fuesen á cargar serían dirigidos por los fletadores á los Sres. Tabuenca, Orbegozo y Schmidt, pagandoles el corretaje cada de las partes por mitad:

Resultando que en el siguiente día 16 de Noviembre los mismos interesados, con intervención del Corredor, establecieron una adición al artículo 4º interpretándolo en el sentido de que Oleaga y compañía se obligaban á pagar los 3 reales por tonelada que recibiesen de menos, siempre que no mandasen buques suficientes para cargar las 33.333 toneladas por año; y en caso de que la diferencia no excediese de 3.000 al año Chavarri no les exigiría los 3 reales mencionados anteriormente:

Resultando que por falta de cumplimiento de los contratos referidos entabló demanda la casa de Oleaga y compañía en 19 de Mayo de 1874 para que se condenase á D. Tiburcio Chavarri á pagar, previa liquidación, la cantidad que resultase á razón de 3 reales por cada tonelada que entregó de menos de las 33.333 anuales estipuladas por motivo de la suspensión de entrega de mineral en los dos períodos desde 21 de Abril á 1º de Julio de 1872 y un mes más, y desde 31 de Mayo á 12 de Agosto de 1873, con más los daños y perjuicios sufridos y que se sufrieran en adelante por falta de cumplimiento de los contratos á justa valoración, y también á que en lo sucesivo cuando desapareciera la fuerza mayor que entonces existía cumpliese con toda exactitud las dos referidas contratas:

Resultando que D. Tiburcio Chavarri impugnó la demanda, alegando que la primera de dichas suspensiones fué debida á la fuerza mayor que sobrevino por la insurrección carlista, y por consiguiente en nada

afectaba á sus obligaciones: que en Mayo de 1873 cumplió el primero de los tres años de la contrata y debía satisfacerse por el demandante á razón de tres reales por tonelada el importe de los que en número menor á las 33.333 estipuladas que hubiera dejado de cargar, y no habiéndolo hecho faltó á la obligación contraída, y quedó relevado de la suya el demandado, dándose por terminado el contrato; suplicando en su virtud que se le absolviese de la demanda, y que se condenase á la casa demandante por vía de reconvención al pago de 104.806 reales á que ascendían las condiciones penales de las contratas en que había incurrido:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, que por fallecimiento de D. Tiburcio Chavarri se entendió con el curador de sus hijos menores, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos dictó sentencia en 26 de Febrero de 1877 declarando que los contratos de 27 de Octubre y 15 de Noviembre de 1871 estaban subsistentes y debían cumplirse hasta la total entrega del número de toneladas de mineral que restaban por satisfacer en los plazos que dichos contratos determinaban: que la obligación de realizar la entrega referida incumbía á los herederos hijos de D. Tiburcio Chavarri, los cuales darían principio á cumplirla al mes de ejecutoriada que fuera aquella sentencia: que los mismos, á tenor de lo establecido en el cap. 3º, del contrato de 15 de Noviembre de 1871, debían satisfacer al demandante la responsabilidad que aquél prefijaba, siendo ésta el importe del precio del flete de los buques que destinados á la carga de mineral no pudieron realizarla en los períodos de suspensión de los contratos, y cuyos buques se acreditase que además de dichas circunstancias reunían la de venir entonces dirigidos por los fletadores á los Sres, Tabuenca Orbegozo y Schmidt según así lo disponía el capítulo 7º, declarando como períodos en que estuvieron en suspenso los contratos para los efectos de aquella sentencia, pena que la misma establecía y plazo que restaba por cumplir, desde 21 de Abril de 1872 hasta 1º de Julio del propio año, el de 15 de Noviembre de 1871, y éste y el de 27 de Octubre del mismo año desde el 27 de Mayo al 11 de Agosto de 1873, declarando igualmente que la liquidación de las toneladas para exigir la pena establecida en el capítulo 4º y su artículo adicional de 15 de Noviembre de 1871 se había de practicar al finalizar los tres años á que el mismo se contraía, absolviendo á Oleaga y compañía de la reconvención propuesta por D. Tiburcio Chavarri y reservando sobre ella á los hijos de éste su derecho para que lo ejecutasen en tiempo:

Resultando que pedida aclaración de esta sentencia por los hijos de Chavarri se aclaró en efecto por auto de 12 de Marzo declarando que en la parte en que se decía *de los buques que destinados á la carga de mineral* se entendiera y puestos bajo el drops en San Nicolás; y que interpuesto por Oleaga recurso de casación en cuanto á este extremo de la sentencia, se declaró no haber lugar por este Supremo Tribunal en 15 de Abril de 1878:

Resultando que requerido D. Benigno Salazar, como curador de los hijos de Chavarri, para que continuara cumpliendo el referido contrato, entregando el mineral hasta el número de toneladas que restaban por satisfacer, manifestó que estaba dispuesto á seguir cumpliendo el contrato de 27 de Octubre, pero no el de 15 de Noviembre, mediante á haber llegado el caso previsto en el cap. 6º de haberse establecido la contribución del 1 por 100 sobre el producto bruto de la riqueza mine-

ra; y que denegada esta pretensión, y acordado en auto de 8 de Enero de 1879 que se requiriese á D. Benigno Salazar en los términos mandados, apercibido que en caso de negativa se entendería que optaba por el resarcimiento de perjuicios, Salazar pidió reforma; y negada, interpuso apelación, siendo confirmados dichos autos por sentencia de la Audiencia de Burgos de 21 de Octubre de 1879:

Resultando que hecho á D. Benigno Salazar en 22 de Noviembre siguiente el requerimiento acordado, D. Fidel de Oleaga y compañía presentaron escrito en 30 de Marzo de 1880, al que acompañaron una relación de los perjuicios ocasionados, toda vez que negándose Salazar al cumplimiento de la ejecutoria debía entenderse que optaba por el resarcimiento de los mismos, solicitando en su virtud que se diese á aquella reclamación la tramitación señalada por la ley, y que en vista de las pruebas que se practicase á los herederos de D. Tiburcio Chavarri á pagar á la casa demandante los 4.091'783 reales 7 céntimos de perjuicios que resultaban de la relación que acompañaba:

Resultando que el curador de los referidos herederos solicitó á su vez que con suspensión del curso de los autos, en lo que se refería al contrato de 15 de Noviembre de 1871, se decretase que quedara en suspenso la ejecución y cumplimiento de la ejecutoria de 26 de Febrero de 1877, en cuanto hacía relación al referido contrato, hasta que se trajera á los autos la ejecutoria que recayera en el pleito pendiente sobre anulación del mismo contrato; y en cuanto á resarcimiento de los daños y perjuicios á que pudiera dar lugar el incumplimiento de dicho contrato, y que no estuvieran explícitamente mencionados en la ejecutoria de 27 de Febrero citada, declarar que esta reclamación sólo podía ejercitarse, y en su caso llevarse á ejecución en aquel referido pleito que pendía en grado de apelación ante la Audiencia del distrito, formando sobre todo ello artículo de previo y especial pronunciamiento:

Resultando que la razón social Oleaga y compañía impugnó, y que sustanciado en dos instancias y estimado por sentencia de la Audiencia de Burgos, interpuesto por Oleaga y compañía recurso de casación, este Supremo Tribunal casó y anuló en 19 de Diciembre de 1881 la sentencia mencionada, declarando en la propia fecha no haber lugar á suspender la ejecución y cumplimiento de la de 26 de Febrero de 1877 dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado de primera instancia la razón social F. Oleaga y compañía, en escrito de 15 de Marzo de 1882, dijo que se estaba en el caso de proceder en los términos pretendidos en el escrito de 30 de Marzo de 1880; pero acomodando la tramitación á la nueva ley de Enjuiciamiento civil determinando y proveyendo como había solicitado en aquél; y que impugnada por el curador de los hijos menores de D. Tiburcio Chavarri la relación presentada, y suministrada pruebas por una y otra parte, proveyó auto el Juez en 10 de Mayo de 1882, fijando en 199.998 rs. la cantidad que los herederos de Chavarri, y en su nombre su curador D. Benigno Salazar, debía abonar á D. Fidel Oleaga y compañía por razón de perjuicios con arreglo á la ejecutoria:

Resultando que admitida en un solo efecto la apelación que interpusieron ambas partes, y remitidos los autos á la Audiencia de Burgos, al devolverlos la de D. Benigno Salazar, á quien se habían comunicado para instrucción, acompañó una certificación de este Supremo Tribunal, de la que aparece que seguido otro pleito en el Juzgado de Bilbao

por D. Benigno Salazar como curador de D. Víctor Chavarri y hermanos con la razón social F. de Oleaga y compañía sobre anulación y rescisión del citado contrato de 15 de Noviembre de 1871, dictó sentencia el Juez, que fué confirmada por la Audiencia de Burgos en 13 de Diciembre de 1881, declarando nulo desde 15 de Diciembre de 1878 el repetido contrato, conforme á lo estipulado en la cláusula 6ª del mismo, condenando á F. de Oleaga y compañía á abstenerse en lo sucesivo de reclamar el cumplimiento de dicho contrato y á indemnizar á los herederos de D. Tiburcio Chavarri los daños y perjuicios que hubieran sufrido por todo el mineral que desde el 15 de Diciembre entonces último hubiesen cargado por requerimiento de F. de Oleaga y compañía, absolviendo á dichos herederos de la reconvención que aquélla les hacía; y que interpuesto por la razón social Oleaga y compañía recurso de casación por infracción de ley, se declaró no haber lugar á él por sentencia de 6 de Julio de 1882:

Resultando que fundado D. Benigno Salazar en el resultado de esta certificación, pidió se declarase que no podía reclamarse el cumplimiento de la sentencia de 26 de Febrero de 1877 y como consecuencia necesaria la indemnización por el incumplimiento de la misma:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por auto de 16 de Enero del corriente año 1883, revocó el dictado por el Juez de primera instancia y declaró que los herederos de D. Tiburcio Chavarri no están obligados á continuar desde el 15 de Diciembre de 1878 en el cumplimiento del contrato de 15 de Noviembre de 1871, de que iba hecho mérito, ni por tanto á abonar á F. de Oleaga y compañía la cantidad por perjuicios que éstos les reclamaban en sus escritos de 30 de Marzo de 1880 y 15 de igual mes de 1882, ni otra alguna por no haber continuado en la entrega del mineral á los mismos con posterioridad á dicho día 15 de Diciembre de 1878, reservando á los referidos F. de Oleaga y compañía su derecho á reclamar, conforme á lo prevenido en el repetido art. 928 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, y á lo acordado en la sentencia de 26 de Febrero de 1877, el importe del precio del flete de los buques que destinados á la carga de mineral no pudieron realizarla en los períodos de suspensión de los contratos ya mencionados de 28 de Octubre y 15 de Noviembre de 1871, y cuyos buques se acreditase que además de dicha circunstancia reunían entonces dirigidos por los fletadores á los Sres. Tabuenca Orbegozo y Scmidt, entendiéndose al efecto que los períodos en que estuvieron en suspenso dichos contratos lo fueron desde el 21 de Abril de 1872 hasta el 1° de Julio del propio año en cuanto al de 15 de Noviembre de 1871, y en cuanto á éste y al de 27 de Octubre del mismo año desde el 20 de Mayo al 12 de Agosto de 1873, no haciéndose condenación de costas de la primera ni de la segunda instancia:

Resultando que la razón social Oleaga y compañía solicitó aclaración de este auto para que se declarara: primero, que sólo tenía por objeto hacer aplicación de la sentencia firme de 13 de Diciembre de 1881 en cuanto por ella se declaraba rescindido el contrato de 15 de Noviembre de 1871, y que por consiguiente no podía exigirse su cumplimiento después de la fecha fijada para la rescisión, ni los perjuicios que por no haberlo cumplido en 30 de Marzo de 1880 y 15 de igual mes de 1882, se pidieron escritos de las mismas fechas: segundo, que nada se prejuzgaba por el repetido auto relativamente á los perjuicios causados por la suspensión ó incumplimiento de los contratos de 27 de Octubre y 15 de

Noviembre de 1871, cuando estando vigentes y habiéndose mandado cumplir no se cumplieron; y tercero, que la reserva que el mismo auto contenía á favor de Oleaga y compañía se entendía dejando á salvo los demás derechos de que éstos se considerasen asistidos por virtud de dichos contratos, de la sentencia de 26 de Febrero de 1877 y de las demás sentencias, autos y providencias firmes dictadas con posterioridad; y que la Audiencia por auto de 20 de Enero denegó lo que se solicitaba por aparecer con toda claridad que se trataba de armonizar el cumplimiento de la sentencia de 26 de Febrero de 1877 con el de la de este Supremo Tribunal de 6 de Julio de 1832 que se refería solamente al contrato de 15 de Noviembre de 1871, con relación al cual hizo Oleaga en el período de ejecución de dichas sentencias la reclamación para la entrega de mineral é indemnización subsidiaria de perjuicios que había sido resuelta en el expresado auto, si bien consignando textualmente para obviar dudas y reclamaciones ulteriores que no procediesen la parte de la indicada sentencia de 26 de Febrero aun subsistente en cuanto al cap. 3º del mencionado contrato por lo que á la reclamación de autos y á las partes pudiera importar:

Resultando que D. Fidel de Oleaga interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º La ejecutoria de 26 de Febrero de 1877, de cuyo cumplimiento se trata, en cuanto se decide que Oleaga y compañía no sólo no pueden pedir los perjuicios reclamados en sus escritos de 30 y 15 de Marzo de 1881 y 1882, sino que los herederos de Chavarri no vienen obligados á abonar ninguna otra cantidad, por no haber continuado en la entrega con posterioridad al 15 de Diciembre de 1878, lo cual ni estaba decidido en la sentencia ni se había controvertido en el pleito:

2º La misma ejecutoria de cuyo cumplimiento se trataba, por hacerse extensivo al contrato de 27 de Octubre lo que sólo se refería en aquélla al de 15 de Noviembre, no sólo en el razonamiento, sino en la parte dispositiva del auto, habiendo quedado aún más evidenciada esta confusion por la circunstancia de haberse negado la aclaración solicitada:

3º La misma ejecutoria, puesto que era también punto sustancial no controvertido en el pleito ni decidido en la sentencia y que el auto decidía y resolvía, el de la reserva de los derechos que para evitar cuestiones y obviar dudas definía y limitaba con el evidente propósito de cercenar los derechos de Oleaga y compañía sin la menor competencia legal para ello, puesto que tal reserva no respondía á petición alguna de las partes ni á extremo de la ejecutoria de cuyo cumplimiento se trataba:

4º La misma ejecutoria de 26 de Febrero de 1877, en relación con el contrato de 28 de Octubre de 1871 también infringido, en cuanto á los daños que debían abonarse por su incumplimiento en 1873 y forma de valorarlos, y la ley 19, tít. 22, Partida 3ª, sobre la fuerza que ha el juicio aludido;

Y 5º El art. 950 de la ley de Enjuiciamiento civil, que previene sean de cuenta del que las cause las costas en las diligencias de ejecución de sentencia, estableciéndose por la Sala que en este caso sean los de primera instancia de cargo de cada parte:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que declarado nulo el contrato de 15 de Noviembre de 1871 á contar desde el 15 de Diciembre de 1878, y limitada á esta última fecha la declaración de que los hijos de D. Tiburcio Chavarri no

están obligados á su cumplimiento ni tampoco al abono de perjuicios, el auto recurrido no infringe la ejecutoria de 26 de Febrero de 1877, ni la ley 19, tít. 22 de la Partida 3ª, que se invocan en los motivos 1°, 2° y 4° del recurso, porque no hace pronunciamiento alguno que se refiera al contrato de 27 de Octubre de 1871, acerca del cual quedan íntegros los derechos de las partes:

Considerando que lo propio sucede con la reserva á que se contrae el tercer motivo, porque como reconoce la Sala sentenciadora al denegar la aclaración del auto recurrido, dicha reserva se entiende dejando á salvo los derechos del recurrente, tanto en lo que se refieran á uno y otro contrato, como en lo relativo á la sentencia de 26 de Febrero de 1877, y por ello el expresado auto tampoco infringe la ejecutoria de que queda hecho mérito:

Considerando que la declaración de que no se hace condenación de las costas de primera y segunda instancia que comprende el auto recurrido se ajusta al texto literal del art. 950 de la ley de Enjuiciamiento civil, una vez que recayó en un incidente, y en tal concepto no se ha infringido el citado artículo que se alega en el quinto motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Fidel Oleaga y Mac-Mahón, Gerente de la razón social F. Oleaga y compañía, á quien se condena en las costas; y líbrese á la Audiencia de Burgos la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 5 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Enero de 1884).

309

Competencia (5 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia del distrito de la Plaza de Valladolid la suscitada con el de igual clase de Gijón, sobre conocimiento de la demanda entablada por la Sociedad *Fernández Laza é hijo* contra D. Félix de Goicoechea, y se resuelve:

1° *Que según previene la primera parte de la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita que se indican, será Juez competente en los juicios en que se ejerciten acciones personales el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento;*

Y 2° Que ejercitando los demandantes la acción personal derivada del contrato de compra venta y decisión á su favor del usufructo de un palco del teatro de Lope de Vega en la ciudad de Valladolid, en la que recibió el vendedor su precio, dando un recibo privado en la misma hasta el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, según se estipula en el documento mismo, es evidente, conforme á la ley, que el lugar en que debe cumplirse la obligación expresada es la dicha plaza, donde además se halla ó radica el inmueble cuyo usufructo vendió el demandado.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Noviembre de 1883, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juez de primera instancia de Gijón al de igual clase del distrito en la Plaza de Valladolid sobre conocimiento de la demanda entablada por D. José Antonio de Armendia y Garitamendia y D. Mariano Fernández Laza, en representación de la Sociedad *M. Fernández Laza é hijo*, contra D. Félix de Goicoechea y Alvarez sobre otorgamiento de una escritura:

Resultando que con fecha en Valladolid á 4 de Julio de 1863 firmó D. Félix de Goicoechea un documento privado, en el que dijo haber recibido de su convecino D. Domingo Calderón 25.000 reales vellón por valor del usufructo de medio palco que poseía en el teatro de Lope de Vega de aquella capital, y que le había vendido en dicha cantidad, con las mismas condiciones que tenía convenido con D. José León y compañía, dando aquel documento hasta que se firmase la escritura correspondiente; y que al dorso del mismo manifestó D. Domingo Calderón que la compra que se expresaba había sido para él y para D. José Antonio de Armendia de por mitad, del cual recibió los 12.500 reales que por tal concepto le correspondía pagar:

Resultando que por escritura de 10 de Julio de 1872 el pagador de deudas de D. Domingo Gutiérrez Calderón y la comisión de acreedores del mismo vendieron á D. José Antonio de Armendia la cuarta parte del usufructo que correspondía á aquél en el mencionado palco:

Resultando que dueño D. Marcelino Goicoechea por trasferencia de su primo D. Félix Goicoechea del usufructo de una cuarta parte del mismo palco, núm. 18, del citado teatro, con las mismas condiciones que el segundo lo había adquirido de la razón social *José León y compañía*, su viuda Doña Gertrudis Aparicio, por sí y en representación de su hija Doña María Concepción, trasfirió el dominio y propiedad de dicha participación por escritura de 27 de Setiembre de 1879, con las mismas condiciones con que lo tenía adquirido á la Sociedad M. Fernández Laza é hijo:

Resultando que en 20 de Junio del corriente año 1883 D. José Antonio de Armendia y D. Mariano Fernández Laza, en representación de la Sociedad M. Fernández Laza é hijo, dedujeron demanda, que correspondió en turno al Juzgado de primera instancia del distrito de la Plaza de Valladolid, contra D. Félix de Goicoechea, vecino de Gijón, en la que, haciendo uso de la acción personal, nacida ó derivada del contrato de compraventa y del de cesión que á los demandantes se les había hecho de las partes del usufructo del palco vendido por D. Félix, pidieron se declarase que éste se hallaba obligado á otorgar á favor de los demandantes la correspondiente escritura pública de venta del usufructo de la mitad del palco, núm. 18, del teatro de Lope de Vega en favor del primero, y de una cuarta parte del usufructo del palco en favor del segundo, condenándole á verificarlo dentro del término que se señalase:

Resultando que emplazado en Gijón D. Félix de Goicoechea, á su instancia, y oído el Ministerio fiscal, el Juez de dicha villa requirió de inhibición al de Valladolid, porque tratándose del ejercicio de una acción personal, y no constando el lugar donde debía cumplirse la obligación, era Juez competente el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento, excepción que no concurriría en el caso de autos; quedando en pie el principio general establecido en la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento:

Resultando que el Juez del distrito de la Plaza de Valladolid, después de haber oído á los demandantes y al Ministerio fiscal, se negó á la inhibición, sosteniendo su competencia, fundado en que el contrato de venta tuvo lugar en Valladolid, donde el vendedor percibió el importe de su precio, contrayendo implícitamente la obligación de otorgar en dicha ciudad la oportuna escritura, según se desprendía de sus palabras *hasta que se firme la escritura correspondiente*; y que aun en la hipótesis de que no estuviera señalado el lugar del otorgamiento de la escritura, no podía ser otro que aquel en que debiera cumplirse lo estipulado, máxime no existiendo pacto en contrario; y que habiendo insistido el Juez de Gijón en la inhibición, uno y otro han elevado las actuaciones á este Supremo Tribunal:

Siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que según previene la primera parte de la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita que se indican, será Juez competente en loa juicios en que se ejerciten acciones personales el del lugar en que deb, cumplirse la obligación; y á falta de éste, á elección del demandantes el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Considerando que ejercitando los demandantes la acciórn personal derivada del contrato de compra venta y decisión á su favor del usufructo de un palco del Teatro de Lope de Vega en la ciudad de Valladolid, en la que recibió el vendedor su precio, dando un recibo privado en la misma hasta el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, según se estipula en el documento mismo, es evidente conforme á la ley que el lugar en que debe cumplirse la obligación expresada es la dicha plaza, donde además se halla ó radica el inmueble cuyo usufructo vendió el demandado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda entablada en estos autos por D. José Antonio de Armendia y Garitamendia y D. Mariano Fernández Laza, en representación de la Sociedad *M. Fernández Laza é hijo*, contra D. Félix de Goicoechea y Alvarez corresponde al Juez de primera instancia del distrito de la Plaza de Valladolid, al que se remitan todas las actuaciones para los efectos de derecho; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez de Gijón, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal.—(Sentencia publicada el 5 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 20 del mismo mes y año.)

310

Apelación por denegatoria de recurso de casación en asunto de Ultramar (5 *de Noviembre de* 1883).—Pago de cantidad.—Se confirma el auto apelado por D. Santiago Farrés con D. Martín Goicoechea (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que no existe el quebrantamiento de forma á que se refiere lo dispuesto en los números 1° *y* 3° *del art.* 1013 *de la ley de Enjuiciamiento civil de* 5 *de Octubre de* 1855, *si el que ha venido á los autos á sostener la apelación, no se presentó en ellos hasta después de dictada la sentencia de remate en el juicio ejecutivo seguido contra su hermano con*

arreglo á la obligación contraída por éste y sólo por éste en el pagaré por que se procedió; pues que ni era parte de aquél ni debía serlo, ni había por consiguiente para qué hacerle emplazamiento ni citación alguna, sin que pudiera obstar para esto el carácter de albacea de su madre que concurre en ambos hermanos por serlo in solidum.

En la villa y corte de Madrid, á 5 de Noviembre de 1883, en los autos ejecutivos pendientes ante Nos en virtud de apelación, seguidos en el Juzgado en primera instancia del distrito de Jesús y María de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de su Audiencia por D. Martín Goicoechea contra D. Enrique Farrés, como albacea de su madre Doña Josefa Alonso:

Resultando que Doña Josefa Alonso nombró en su última disposición testamentaria por sus albaceas juntos ó separados y con toda clase de facultades á sus hijos D. Enrique y D. Santiago Farrés, los cuales por sí y en el indicado concepto de albaceas de su difunta madre, confirieron poder á D. Federico Fernández Sanz en 13 de Marzo de 1869 con facultad de otorgar pagarés y girar letras y libranzas:

Resultando que con fecha 30 de Abril de 1875 expidió Fernández Sanz por poder de Enrique Farrés, albacea de Doña Josefa Alonso, un pagaré á la orden de Tejero hermanos y Compañía, por 3.745 pesos en billetes del Banco Español para el día 30 de Marzo de 1879, el cual, endosado á D. Martín Goicoechea con fecha 5 de Diciembre de 1878, fué protestado por falta de pago en 31 de Marzo de 1879:

Resultando que previas varias diligencias encaminadas al reconocimiento de la firma de dicho pagaré por Fernández Sanz, y después de haber sido declarado éste confeso en la legitimidad y certeza de dicha firma, dedujo D. Martín Goicoechea demanda ejecutiva por su importe, intereses y costas, contra D. Enrique Farrés, como albacea de Doña Josefa Alonso, que fué despachada por auto de 24 de Setiembre:

Resultando que requerido D. Enrique Farrés al pago que no verificó porque no tenía fondos correspondientes á su difunta madre, y citado de remate, se personó en los autos y se opuso á su tiempo á la ejecución despachada, alegando la excepción de falsedad civil del título presentado como ejecutivo, fundada en que no era el solo albacea de su difunta madre, sino también su hermano D. Santiago, contra quien debía haberse dirigido igualmente la ejecución, y en que el reconocimiento de firma y la declaración de confeso se había dirigido contra Fernández Sanz y no contra el mismo deudor:

Resultando que el ejecutante Goicoechea evacuó traslado que se le confirió dicha oposición, pidiendo que se desestimase la excepción alegada y que se abriese el término de prueba para practicar las que proponía, y practicadas en efecto, y trascurrido dicho término sin que por parte de D. Enrique Farrés se hiciese justificación alguna, dictó sentencia en 22 de Noviembre de 1880 declarando no haber lugar á pronunciar sentencia de remate:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia en virtud de apelación, oído libremente al ejecutante, se personó éste ante dicha Superioridad y lo verificó asimismo el ejecutado D. Enrique Farrés, como albacea de Doña Josefa Alonso; y sustanciada la alzada, dictó sentencia la Sala de lo civil en 14 de Febrero de 1882 revocando la apelada y mandando seguir la ejecución adelante:

Resultando que en escrito de 8 de Marzo compareció en los autos D. Santiago Farrés y Alonso debidamente representado, y haciendo

presente que se había instruído de la existencia de este juicio, dirigido sólo contra el albacea, y no contra los herederos de Josefa Alonso, y que en él se había dictado sentencia de remate que afectaba á la sucesión de dicha señora y no al albacea, y alegando que éste no tenía la representación de los herederos, por lo que no había podido seguirse eficazmente el juicio contra él, y que por consiguiente se había faltado á la exigencia legal para la validez de todo juicio, ó sea á la citación y emplazamiento para oir sentencia á aquellos á quienes había de perjudicar, interponía recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en las causas 1ª y 3ª del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que fundado en la misma causa dedujo D. Enrique Farrés, como albacea de su madre, igual recurso de casación; y sin proveer acerca de la personalidad en estos autos de D. Santiago Farrés, dictó sentencia la Sala en 16 del mismo mes de Marzo, declarando no haber lugar á admitir los recursos de casación establecidos por D. Enrique y D. Santiago Farrés, con las costas á cargo de los mismos:

Resultando que D. Enrique y D. Santiago Farrés apelaron de esta resolución para ante este Tribunal Supremo y la Audiencia les admitió la alzada, en virtud de la cual han comparecido tan sólo el apelante D. Santiago y la parte apelada:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que no existe el quebrantamiento de forma á que se refiere lo dispuesto en los números 1° y 3° del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855 y que ha sido alegado como fundamento del recurso de casación, cuya admisión se denegó, toda vez que D. Santiago Farrés, que es el que ha venido á sostener su apelación, no se presentó en los autos hasta después de dictada la sentencia de remate en el juicio ejecutivo seguido contra su hermano Don Enrique, con arreglo á la obligación contraida por éste, y sólo por éste en el pagaré por que se procedió, y por tanto ni era parte aquél ni debía serlo, ni había por consiguiente para qué hacerle emplazamiento ni citación alguna, sin que pudiera obstar para esto el carácter de albacea que concurre en ambos hermanos por serlo *in solidum*, y en su consecuencia sólo afectaba al D. Enrique la ejecución;

Fallamos que debemos declarar y declaramos desierta la apelación interpuesta por D. Enrique Farrés, y que con relación á D. Santiago Farrés debemos confirmar y confirmamos la sentencia que en 16 de Marzo de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, condenando á ambos al pago de las costas por mitad hasta la providencia de esta Sala de 12 de Marzo último, en que se tuvo por parte á Don Santiago y se mandó formar el apuntamiento, y á este último al de las sucesivas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 5 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Enero de 1884.)

311

Recurso de casación (6 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—Ha lugar al interpuesto por la Sociedad metalúrgica *Austro Belga* con la razón social *Torres hermanos y compañía* (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que alegada la excepción de nulidad de la enajenación al contestar la demanda en que se apoya la tercería, y siendo ella objeto del debate planteado y de las pruebas practicadas, constituía la cuestión del pleito que debía resolverse en definitiva, sin reservarla para otro juicio, en el concepto de que el demandado al solicitar la absolución no pidió expresamente la declaración de nulidad del título en que se fundaba la tercería, puesto que eso era precisamente lo que se pretendía con la fórmula de la absolución, que es decisiva del punto litigioso en que se había fundado la defensa para combatir la acción propuesta por el demandante; y al no hacerlo así, se infringen las leyes 2ª y 15, tit. 22, Partida 3ª y la doctrina declarada por el Tribunal Supremo, que manda dar juicio acabado y valedero absolviendo ó condenando al demandado; la ley 16, tit. 22, Partida 3ª; los artículos 61 y 62 de la de Enjuiciamiento civil, y la doctrina declarada en diferentes fallos del Supremo Tribunal, que establecen que las sentencias deben resolver y decidir las cuestiones debatidas en el pleito, y ser conformes y ajustadas, no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino también á los motivos en que se funde la demanda y las excepciones; la doctrina que consigna que la absolución de la demanda es resolutoria de todas las cuestiones suscitadas y debatidas en el pleito; y las que establecen que la doctrina relativa á que cuando la acción se funda en la nulidad de un acto ú obligación, debe pedirse separada ó juntamente con el reconocimiento del derecho que de aquélla se derive, pero siempre de un modo expreso y directo la declaración de dicha nulidad, no tiene aplicación cuando el objeto del debate ha sido la nulidad de la venta de unos bienes y recaído sobre este punto las pruebas suministradas por las partes; y que aquella doctrina debe entenderse respecto de la acción que emana directa é indirectamente del acto ó contrato que se trata de anular.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por la razón social *Torres hermanos y compañía*, domiciliada en Cádiz con sucursal en Almería, de la que es Gerente Don Prudencio Blanco y Ortiz, representada por el Procurador D. Jacobo Morcillo, bajo la dirección del Dr. D. José de Carvajal, con la Sociedad anónima metalúrgica denominada *Austro Belga*, y en su nombre el Procurador D. José García Noblejas, dirigido por el Licenciado D. Ramón García Noblejas, y con D. Felipe Barrón y Morphy y D. Francisco Barroeta y Márquez, que no han comparecido, sobre tercería de dominio:

Resultando que anunciada la venta de una fábrica de fundición de plomo, conocida por la de Alcora, sita en el paraje de su nombre, tér-

mino de Cànjáyar, procedente del Estado, tuvo lugar el remate en 5 de Agosto de 1860 á favor de D. Ramón González como mejor postor en la cantidad de 28.000 rs., y aprobado por la Junta superior de Ventas de bienes nacionales, traspasó la adjudicación del mismo en 3 de Diciembre de 1861 á favor de la Sociedad Carriás Blanco y compañía, residente en Almería, siéndole otorgada en su virtud en el siguiente día 4 la correspondiente escritura por el Juez de primera instancia de aquella ciudad:

Resultando que en 26 de Marzo de 1861 se otorgó escritura en esta corte, por la que D. Joaquín Carriás, por sí y como apoderado de Don Prudencio Blanco; D. Pablo Emilio Wissocg, por sí y como apoderado de D. Santiago Emilio Monthuc, y D. Angel Barroeta, en representación de D. Francisco Barroeta, y D. Felipe Barrón, se comprometieron á vender y entregar á la Sociedad anónima Corphalie, establecida en Bélgica, que fué representada en aquel acto por su Director gerente D. Emilio Brike, 100.000 toneladas de 1.000 kilogramos de calamina calcinada, procedente de las explotaciones que poseían y poseyeran en la provincia de Almería, debiendo verificarse el suministro en seis años por lotes trimestrales, estableciendo las condiciones del mineral, forma de entrega, pago y demás, haciendo la Sociedad Corphalie un anticipo á los otorgantes de 400.000 francos, que se obligaban á dedicar exclusiva y enteramente á la mejora y fomento de las referidas minas, obligándose los comparecientes solidaria y mancomunadamente para con la Sociedad Corphalie al pago de todas las cantidades de que ésta podía ser acreedora á consecuencia de las estipulaciones consignadas en aquel contrato: para garantía del mismo, D. Pablo Emilio Wissocg, en nombre de su mandante D. Santiago Emilio Monthuc, hipotecó expresamente todas las minas y acciones de minas de la propiedad de éste en Almería, así como las que el mismo tenía en arrendamiento por el tiempo que éste durase; y como en aquellas que se hallaban á nombre de Monthuc eran copartícipes y cointeresados Carriás, Wissocg, Blanco, Barrón y Barroeta, y esa coparticipación no aparecía suficientemente expresada en los poderes otorgados por aquél, se obligaron y comprometieron Carriás y Wissocg á que Monthuc aprobaría y ratificaría en el término de 15 días aquella cláusula y todas las demás de aquel contrato, lo cual verificó en efecto por escritura de 1° de Abril de dicho año 1861, habiéndose tomado razón del mencionado contrato en la Contaduría de hipotecas de Canjáyar, con expresión de las minas y acciones de obras que quedaban hipotecadas, cuyo valor se dice no constaba ni la parte de responsabilidad que á cada una quedaba afecta:

Resultando que la Sociedad anónima Corphalie constituída en 4 de Junio de 1846 tomó en el año de 1866 la denominación de Sociedad metalúrgica Austro-Belga, siendo su objeto la explotación de minas que á la sazón poseyese ó adquiriese en lo sucesivo en Bélgica ó en el extranjero, consistiendo su haber en las pertenencias mineras y demás de que hicieron mérito; y en virtud de otro contrato celebrado en Lieja á 18 de Noviembre de 1863 por la Sociedad Carriás Blanco y compañía y D. Emilio Wissocg y la Sociedad minera Corphalie, entonces bajo la denominación de Austro-Belga, convinieron en que para pagar á dicha Sociedad Corphalie la cantidad de 507.102 francos 31 céntimos que eran en deberla por razón del contrato de 26 de Marzo de 1863, la de Carriás Blanco y compañía entregaría las letras de que hicieron mérito, á cargo de D. Prudencio Blanco, de Santander, que

las aceptaría, reputándose firmados estos valores por todos los interesados en el contrato mencionado, que quedaría rescindido por medio del cumplimiento de aquél y del pago de las letras á su vencimiento:

Resultando que D. Joaquín Carriás, por sí y en representación de D. Prudencio Blanco, D. Pablo Emilio Wissocg, D. Felipe Barrón y D. Francisco Barroeta, por sí y en representación de su hermano Don Angel y D. Pascual Matarray otorgaron escritura en Almería el día 1° de Enero de 1864, dejando sin efecto la cláusula 1ª de la otorgada en 26 de Marzo de 1861, constituyendo una Sociedad comanditaria para la explotación y beneficio de minerales en las provincias de Granada y Almería, constituyéndola de nuevo con dicho objeto, bajo la denominación de La Industrial por término de 10 años, componiéndose su capital de las minas, fábricas y mobiliarios de que hicieron mérito, según inventario general formado por todos los socios, comprendiéndose entre aquéllas unos hornos, casa principal, almacenes y demás en Alcora, y una fabrica de fundición en el sitio del Barranco de los Caballos, con los edificios, máquinas y demás de que hicieron mérito:

Resultando que declarada en quiebra la Sociedad La Industrial en 20 de Diciembre de 1866, retrotrayéndose sus efectos al 13 de Diciembre de 1865, celebró un convenio con la mayoría de sus acreedores, estableciendo que emprendería de nuevo la explotación de las minas, bajo la dirección ó gerencia de D. Prudencio Blanco, distribuyéndose anualmente los proddctos líquidos entre los acreedores á prorrata de sus respectivos créditos, nombrándose una comisión de dos ó tres de dichos acreedores, sin el conocimiento y consentimiento de la cual no podía enajenarse ninguna de las minas ni toda otra propiedad real de las que pertenecían á la Sociedad; convenio que fué impugnado por algunos de los acreedores, pero que fué aprobado por sentencia del Juez de primera instancia, que confirmó la Audiencia de Granada en 11 de Mayo de 1868, habiéndose declarado por este Supremo Tribunal en 4 de Marzo de 1869 no haber lugar al recurso de injusticia notoria que se interpuso:

Resultando que después de una ejecución que la Sociedad Austro-Belga obtuvo contra D. Felipe Barrón y D. Francisco Barroeta y que fué declarada nula, formuló dicha Sociedad, representada por su Director gerente D. Emilio Brike, demanda ordinaria en 16 de Febrero de 1872 contra aquéllos, sin perjuicio de dirigirla contra los demás socios de La Industrial, obligados también mancomunada y solidariamente en la escritura de 26 de Marzo de 1861, para que se les condenase al pago de 842.616 pesetas 47 céntimos que eran en deber por residuo del anticipo de los 400.000 francos no pagados y de los intereses devengados hasta 31 de Diciembre de 1871 por el saldo de la cuenta corriente y por las multas en que como indemnización y por vía de pena habían incurrido los demandados por no haber entregado las toneladas de calamina pactadas, é impugnada la demanda por los demandados, sustanciado el juicio en dos instancias, la Audiencia de esta corte, por sentencia confirmatoria con las costas de 29 de Noviembre de 1877, estimó en todas sus partes la pretensión de la Sociedad demandante:

Resultando que D. Manuel Blanco Ortiz, natural de Santander y vecino de la Habana, falleció en esta ciudad en 13 de Mayo de 1873:

Resultando que en 5 de Noviembre de 1874 otorgaron escritura en la ciudad de Almería, de una parte D. Prudencio Blanco Ortiz,

Gerente de la Sociedad titulada La Industrial, y de la otra D. Rafael Delgado y Llamas, en representación de D. Manuel Blanco Ortiz en virtud del poder que tenía del mismo, sustituído por D. Prudencio Blanco en 24 de Febrero de aquel año, que entre otras cláusulas tenía la de realizar convenios, transacciones y compromisos en árbitros ó amigables componedores, con sanción penal ó sin ella, en la que refiriéndose D. Prudencio Blanco que venía ejerciendo el cargo de Gerente y Administrador de la Sociedad La Industrial, nombrados por virtud del convenio que celebró con sus acreedores, y que en tal concepto se había visto en la necesidad de buscar fondos para trabajar en las minas, habiéndole facilitado D. Manuel Blanco Ortiz 36.462 pesetas y 10 céntimos con el interés de 6 por 100: que como á dicha Sociedad no le había sido posible satisfacer á Blanco dicha cantidad, procedió ejecutoriamente contra ella, y á fin de evitarlo convinieron en escritura de 30 de Octubre de 1872 en que la Sociedad constituiría hipoteca de todos sus bienes por término de dos años, en cuyo término y un plazo de tres meses, había de satisfacer su deuda, entendiéndose todos caducados si dejase de pagar alguno: que por no haberlos satisfecho, y con arreglo á lo convenido, procedieron por peritos de nombramiento de las partes á la tasación de las fincas y minas, siéndolo una en Alcora, término de Canjáyar, compuesta de dos manzanas de edificios, en 12.012 pesetas 50 cénts., y una fábrica de fundición, conocida por la de Los Pajarillos, en término de Alcolea, en 920 pesetas 50 cénts.: que puesto todo en conocimiento de la comisión nombrada por los acreedores de La Industrial y sus socios, se anunció privadamente la venta de dichos edificios y minas, y además una fábrica de fundición ó calcinación ya destruída en término de Roquetas, y no habiéndose presentado licitador, pretendió D. Rafael Delgado la adjudicación con arreglo á lo convenido en la escritura de transacción de 30 de Octubre de 1872, y en su virtud D. Prudencio Blanco Ortiz dió en venta á D. Manuel Blanco Ortiz los deslindados edificios y minas en precio de 14.058 pesetas, que se entenderían recibidas por cuenta de la cantidad que adeudaba á D. Manuel Blanco la expresada Sociedad:

Resultando que D. Rafael Delgado y Llamas, en representación de D. Manuel Blanco Ortiz, según aparecía de la copia de la sustitución de poder que le tenía hecha D. Prudencio Blanco en 26 de Junio de aquel año 1875, vendió á Doña Guadalupe de la Riva y Ocejo por escritura de 16 de Julio de dicho año las mencionadas fincas y minas en precio de 3.125 pesetas, venta que aceptó Doña Guadalupe de la Riva, declarando que la hacía con dinero suyo, con cuya declaración estuvo conforme D. Prudencio Blanco, que concurrió al acto:

Resultando que á su vez Doña Guadalupe de la Riva y Ocejo, con su marido D. Prudencio Blanco y Ortiz, vendió por escritura de 11 de Mayo de 1878 á la casa de comercio establecida en Cádiz bajo la razón social de Torres, hermano y compañía, de quienes tenía encargo Don Prudencio Blanco y Ortiz para la aceptación de la escritura, la finca sita en Alcora, término de Canjáyar, y la fábrica de fundición conocida por la de Los Pajarillos, situada en Alcolea, que la pertenecían por compra hecha á D. Manuel Blanco Ortiz y otras varias fincas por la suma total de 2.000 pesetas que confesó la vendedora tener recibida de todos los hermanos, venta que aceptó D. Prudencio Blanco en virtud del encargo que tenía de dicha Sociedad:

Resultando que D. Pedro Torres y Soto, vecino de Cádiz, y D. Gre-

gorio Torres y Soto, vecino de Madrid, representado por D. Jorge Rodrigo y Puello, otorgaron escritura en Cádiz en 18 de Octubre de 1877, por la que establecieron una Sociedad colectiva regular, bajo la razón de Torres, hermano y compañía, con el capital de 410.000 reales, siendo su objeto la venta y construcción de instrumentos de precisión, creándose una sucursal en Almería y otra en Madrid, usando los socios respectivamente de la firma de la Sociedad, y autorizando también para usarla á D. Prudencio Blanco, que había de estar al frente de la sucursal de Almería:

Resultando que á instancia de la Sociedad Austro Belga y para llevar á efecto la sentencia de 29 de Noviembre de 1877, se procedió al embargo de diferentes muebles y efectos de la pertenencia de los demandados, de dos fábricas de fundición, sitas una en el llano de Alcora, término de Canjáyar, conocida por la del Rey, con las tierras y edificios anejos á ella, y otra en Alcolea titulada de los Pajarillos, ó sea Santa Elisa, con todas sus dependencias, y diferentes minas; y librado exhorto al Registrador de la propiedad del partido para la anotación preventiva de dicho embargo, fué denegada porque las fábricas y demás fincas embargadas aparecían inscritas á favor de la Sociedad Torres, hermano y compañía en virtud de escritura otorgada á su favor por Doña Guadalupe de la Riva y Oçejo en 11 de Mayo de 1878:

Resultando que la indicada razón social Torres, hermano y compañía dedujo en 30 de Octubre de 1879 la demanda objeto de estos autos para que con suspensión del procedimiento de apremio se declarase que las fincas de Alcora y Alcolea, ó sean las dos fábricas de fundición de que se ha hecho mérito, con sus muebles y dependencias, la pertenecían en propiedad y posesión, mandando en su consecuencia que se alzase el embargo de ellas y se dejasen á la libre disposición de la Sociedad demandante, condenando á la Austro-Belga á la indemnización de daños y perjuicios y en las costas, fundando su pretensión en la escritura mencionada de 11 de Mayo de 1878, que constituía el título de adquisición del dominio á su favor en las fincas sobre que recaía; dominio del cual no podía ser despojado de modo alguno, encontrándose garantido por las leyes, que no permitían pudieran afectar á compromisos extraños fincas que eran de la propiedad de un tercero; hallándose asimismo garantido su derecho en cuanto se relacionaba con el título que le acreditaba con las prescripciones de la ley Hipotecaria, que fijaban la eficacia de inscripciones como la que aparecía al pie de la escritura referida:

Resultando que la Sociedad Austro-Belga impugnó la demanda, alegando como fundamento de derecho, después de hacer extenso mérito de todos los antecedentes que quedan referidos, que no bastaba en la acción reivindicatoria acreditar la existencia del título si no se probaba su justicia, ó sea que provenía del verdadero dueño: que la prohibición de enajenar implicaba la nulidad del que contra ella vendía los bienes de una Sociedad siendo su Administrador gerente, y en los hechos quedaba demostrado que D. Prudencio Blanco no podía enajenar la fábrica de Alcora ni ninguna otra finca de la Sociedad La Industrial sin intervención de las dos ó tres personas que quedaban designadas en su lugar; y por sentencia de este Tribunal Supremo de 20 de Enero de 1866, de acuerdo con otras muchas, se establecía que era ineficaz legalmente para fundar una acción de tercería de dominio la trasmisión de este derecho al comprador, que no podía verificarse cuan-

do el vendedor tenía prohibición de realizarla: que la idea fundamental de la demanda reivindicatoria de que no bastaba presentar título hábil, sino que debía ser justo, legítimo y cierto, sometía al juicio actual, no sólo la trasmisión de Doña Guadalupe de la Riva á la Sociedad fantástica Torres, hermanos y compañía, sino también las anteriores enajenaciones de D. Prudencio Blanco á D. Manuel, entonces difunto, y de éste á Doña Guadalupe de la Riva, que adolecían del vicio radical de nulidad, simulación y falsedad por falta de potestad en D. Prudencio Blanco: que el dolo causante en los contratos producía su nulidad y no se podía dudar que inducía esta consecuencia la muerte anterior de la persona beneficiada por un contrato, y mucho más la venta hecha á nombre de éste y por tanto simulada á Doña Guadalupe de la Riva, de quien derivaba el derecho el demandante, y aun ciñéndose á este último contrato de venta, la persona de quien derivó el derecho Doña Guadalupe ó de quien pretendía derivarlo no existía cuando se vendió á su nombre la finca ó fincas de que se trataba, por lo cual la escritura en que se fundaba la demanda de tercería era nula é ineficaz bajo todos sus aspectos: que la muerte del otorgante de un poder cancelaba éste y producía la nulidad de lo que se hiciera en su nombre; y como las dos escrituras en que figuraba D. Manuel Blanco, primero como comprador y después como vendedor, fueron otorgadas después de su muerte, aparte de la criminalidad del acto producía la nulidad esencial del contrato de venta en uno y otro caso, y por lo tanto no podía prosperar la tercería de dominio: que la nulidad causal de un instrumento público cuando trasfería la propiedad de una cosa producía la nulidad esencial de la enajenación que en tal supuesto no se derivaba del verdadero dueño, y quien no lo era no podía trasmitir un dominio que no tenía: que la falta de verdad en la exposición de los hechos constituía la falsedad criminal y civilmente y los dos documentos otorgados por D. Manuel Blanco, que entonces había fallecido, adolecían del vicio intrínseco de falsedad y suplantación, que reunido á la circunstancia de no ser Torres hermano y compañía los que sonaban en la escritura, producían error y nulidad en dichos documentos: que todo lo que conducía á establecer el dolo como causa de un contrato lo hacía simulado y nulo, la falta de proporción entre el valor de lo vendido y el precio pagado lo hacía injusto é ineficaz, resultando así de la comparación de valores en los tres contratos que giraban en torno de D. Prudencio Blanco, sin que el precio fuera de presente en ninguno de los tres; y que resultando nulidad, falta de potestad, falta del precio, simulación, dolo y falsedad de los contratos que abonaban la tercería de dominio, la demanda no podía prosperar y debía ser desestimada, con las costas:

Resultando que declarada contestada por D. Felipe Barrón y Don Francisco Barroeta, que no comparecieron, las partes en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron los fundamentos de sus respectivas pretensiones, reservándose expresamente la sociedad demandada para su caso y lugar el ejercicio de la acción criminal que pudiera resultar:

Resultando que recibido el pleito á prueba, la Administración económica de Cádiz certificó que la razón social Torres hermanos no aparecía inscrita en la matrícula de subsidio industrial por ninguno de sus conceptos en los años económicos de 1878 á 1879 y 1880, la Administración económica de Almería que dicha razón social aparecía inscrita

en la contribución industrial de 1877 á 1878 á 1879, y á 1880 por el concepto de vendedor de harinas:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 25 de Octubre de 1882 sentencia revocatoria, estimando la tercería de dominio interpuesta por la Sociedad Torres, hermanos y compañía, y declarado en su virtud alzado el embargo de las dos fábricas de fundición conocidas por las del Rey y de Los Pajarillos, con sus muebles y dependencias que habían sido objeto de dicha demanda, reservando á la Sociedad Austro Belga las acciones de que se creyera asistida para que pudiera ejercitarlas donde, como y contra quien correspondiera, sin hacer condenación de costas:

Resultando que la Sociedad Austro Belga interpuso recurso de cacación por haberse infringido á su juicio:

1° La doctrina legal declarada por este Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, y especialmente en las de 14 de Marzo, 9 y 23 de Mayo de 1862, 17 de Setiembre de 1863, 22 de Enero de 1864, 20 de Junio de 1872 y 22 de Mayo de 1880, que establece que la acción reinvindicatoria no puede prosperar si la parte que la ejercita no prueba el dominio sobre la cosa litigiosa con título legítimo; en el concepto de que implicando toda demanda de tercería de dominio una acción real que no podía ser otra cosa que la reivindicatoria, según también había declarado este Supremo Tribunal en sentencia de 13 de Abril de 1882, el fallo recurrido estimaba la deducida por Torres, hermanos y compañía, cuando resultaba que el título que éstos hacían valer no era legítimo y adolecía de vicios esenciales de nulidad que determina su ineficacia:

2° La ley 10, tít. 33, Partida 7ª, en cuanto expresa que aquel á quien es defendido de no enajenar la cosa, que no la puede vender ni cambiar ni empeñar, ni puede poner servidumbre en ello; la doctrina declarada en sentencia de este Supremo Tribunal de 1866, que dice que la escritura otorgada con infracción de la ley 10, tít. 33, Partida 7ª, es ineficaz legalmente para fundar una acción de tercería de dominio; la ley 9ª, tít. 10, libro 3° del Fuero Real, que establece que no es válida la venta de cosa ajena, y la doctrina declarada también en la sentencia de 22 de Enero de 1864, puesto que se estimaba la tercería de dominio dando implícitamente valor y eficacia á las escrituras por las que primero, D. Prudencio Blanco vendió á D. Rafael Delgado, apoderado del difunto D. Manuel Blanco, las fábricas que se cuestionaban, en precio de 14.058 pesetas con fecha 5 de Noviembre de 1874; segundo, la que el propio D. Rafael Delgado en la misma representación otorgó de venta á Doña Guadalupe de la Riva de las dichas fábricas y minas, y tercero, la que ésta otorgó de venta de iguales fincas á su marido D. Prudencio Blanco, encargado de la Torres, hermanos y compañía, cuando resultaba que D. Prudencio Blanco, Gerente de la Sociedad La Industrial, de donde salieron las fábricas en cuestión para venir á poder de los demandantes, tenía prohibición absoluta de enajenarlas sin el consentimiento y la intervención de la comisión nombrada al efecto, circunstancia que no resultaba de ningún documento, deduciéndose de ello que había ejecutado un acto que le estaba prohibido y que vendía cosa ajena:

3° La doctrina legal de que lo que es nulo desde un principio no pueda convalecer con el trascurso del tiempo; en el concepto de que la

sentencia daba valor á la escritura en que se apoyaba la tercería de dominio, escritura que traía su origen de la que se otorgó por el Gerente de la Sociedad La Industrial de venta de las fábricas por evidente falta de potestad para ello, por estarle expresamente prohibida tal enajenación sin la formalidad de ciertos requisitos que no se llenaron y por no ser las fábricas suyas; y en el concepto también de dar validez á la escritura por la que Doña Guadalupe de la Riva vendió las fábricas á Torres hermanos, cuando aparecía que aquélla las había adquirido de un difunto y éste á su vez también cuando había fallecido, todo lo cual se hacía por mediación de D. Rafael Delgado, que se decía apoderado del muerto D. Manuel Blanco, que utilizaba un poder que le instituyó Don Florencio Blanco, no sabiéndose ante quien y cuando estaba otorgado, y que de todas maneras había caducado:

4º La doctrina legal consignada en diferentes fallos de este Tribunal Supremo y especialmente en el de 9 de Noviembre de 1875, de que el contrato de mandato es personalísimo y de confianza, y por lo mismo se extingue desde el momento en que deja de existir alguno de los contratantes, en el concepto de dar valor y eficacia la sentencia recurrida al título en que se apoyaba la demanda de tercería, cuando traía su origen de otros otorgados por D. Rafael Delgado, como mandatario de D. Manuel Blanco, que resultaba había fallecido 18 y 36 meses antes respectivamente á la fecha de esas dos escrituras, y por cuya razón el poder había caducado y no era posible utilizarlo sin incurrir en evidente nulidad:

5º Las leyes 61 y 111, tít. 18, Partida 3ª, en la primera de las que se contiene un párrafo que dice: «así como aparece en la carta de la personería fecha por tal Escribano, ó sellada del sello de aquel que lo fizo su personero,» y la segunda dispone que «no vale la carta pública, en que no esté escrito el mes, el día y la era en que fué fecha,» toda vez que la sentencia estimaba la tercería de dominio, dando valor á una escritura que traía su origen de otras dos otorgadas por D. Rafael Delgado, á nombre de D. Manuel Blanco, haciendo uso de un poder que no se sabía ante qué Escribano se otorgó, en qué lugar ni en qué fecha:

6º La ley 1ª, tít. 23, libro 10 de la Novísima Recopilación; la doctrina consagrada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de Setiembre de 1863 de que siendo el consentimiento circunstancia esencial del contrato de compraventa, el que no pueda prestarle no tiene aptitud para celebrarlo válidamente, y la declarada también en la sentencia de 22 de Noviembre de 1862, en el concepto de dar validez á la escritura en que se apoyaba la tercería, cuando resultaba que la Sociedad Torres, hermanos y compañía no tenía una existencia legal, y mal podría prestar su consentimiento al contrato de compraventa de las fábricas cuando no había en él términos hábiles para manifestarla ni por sí ni por persona legalmente autorizada y en el concepto de dar valor á la escritura en que se apoyaba la demanda, siendo así que traía su origen de otras dos otorgadas á nombre de una persona que no existía á las fechas del otorgamiento de aquéllas ni mucho antes, y como el mandatario no era más que el medio y por donde el mandante aceptaba prestaba su voluntad ó daba el consentimiento para la validez del acto ó contrato, mal podía hacer otras manifestaciones el que ya había fallecido:

7º El principio de derecho y doctrina legal de que el dolo causante, ó sea aquel sin cuyo concurso no se hubiera celebrado el contrato,

lleva en sí la nulidad de éste; doctrina declarada por este Supremo Tribunal en diferentes sentencias, y especialmente en las de 20 de Mayo de 1864 y 26 de Junio de 1876, y la doctrina declarada también en la sentencia de 31 de Octubre de 1865 de que son contrarios á la ley los contratos simulados ó celebrados con causa falta; toda vez que la sentencia daba valor á un título en que aparecía intervino dolo y simulación y que procedía de otros igualmente dolosos y simulados, suponiendo que era un título traslativo de dominio inscrito en el Registro de la propiedad, sin reparar que no se trataba del valor que tuviera respecto de las personas que le otorgaron, sino que siendo impugnado por un tercero, juzgándose que lo había sido en fraude de sus derechos la demostración del dolo y la simulación alegadas no estaban tan sólo en las solemnidades que revestían esos documentos, sino en la tendencia y objeto que los otorgantes se habían propuesto, cuya demostración habría que deducirla de las pruebas, además de las escrituras:

8° El art. 33 de la ley Hipotecaria y la doctrina declarada en varias sentencias de este Supremo Tribunal y especialmente en las de 30 de Diciembre de 1875 y 11 de Julio de 1879, en el concepto de suponer válida la escritura en que se fundaba la tercería y estimar ésta por hallarse aquélla inscrita en el Registro de la propiedad, cuando el citado artículo establecía que la inscripción no convalidaba los actos nulos, y nula era la escritura de 11 de Mayo de 1873, como también lo eran las dos que le precedieron, y porque la inscripción de una escritura de venta en el Registro no acreditaba el dominio de una finca, porque tal inscripción no era título de dominio, sino requisito para los efectos legales del título, y era claro que declarado nulo un título quedaba anulada también la inscripción que del mismo se hiciera:

9° Las leyes 2ª y 15, tít. 22, Partida 3ª, y la doctrina declarada por este Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Noviembre de 1861, que mandan dar juicio acabado y valedero absolviendo ó condenando al demandado; en cuanto la sentencia recurrida reservaba á la Sociedad Austro-Belga las acciones de que se creyera asistida para que pudiera ejercitarlas donde, como y contra quien correspondiera; dejando por virtud de esta reserva para que en otro juicio se decidiera sobre el valor y eficacia de los títulos en que se apoyaba la tercería, valor y eficacia que habían sido discutidos en éste y sobre cuyos puntos habían versado las pruebas:

10. La ley 16, tít. 22, Partida 3ª; los artículos 61 y 62 de la de Enjuiciamiento civil, y la doctrina declarada en diferentes fallos de este Supremo Tribunal, y especialmente en los de 13 de Enero y 12 de Mayo de 1860, 13 de Julio de 1869, 15 de Octubre de 1880, 7 de Noviembre de 1879, 22 de Noviembre de 1881, 15 de Octubre de 1877, 18 de Noviembre de 1876, 15 de Junio y 3 de Julio de 1879, que establecen que las sentencias deben resolver y decidir las cuestiones debatidas en el pleito, y ser conformes y ajustadas, no sólo á la cosa que contienden las partes, sino también á los motivos en que se funde la demanda y las excepciones; pues la sentencia de que se trataba dejaba de dar solución á la cuestión que exclusivamente había sido debatida en el pleito, toda vez que desde el instante en que la Sociedad Austro-Belga examinó la demanda de tercería y especialmente el título en que se apoyaba, comprendió la nulidad de éste, y al proponer sus excepciones y dejar definitivamente planteada la cuestión debatida, fué siempre sobre la base de que la escritura que ostentaba el demandante, así

como las demás de que procedían, eran completamente nulas é ineficaces en términos de que se consignaban como hechos, entre otros, los relativos á fijar la situación de los bienes disputados, ya afectos á la obligación contraída á favor de la Sociedad recurrente, ya en dominio de la Sociedad La Industrial, con prohibición absoluta su Gerente de poderlas enajenar:

11. La doctrina consignada en diferentes fallos de este Supremo Tribunal y especialmente en los de 10 de Febrero de 1864, 21 de Febrero y 21 de Marzo de 1881 y 14 de Marzo de 1866, de que la absolución de la demanda es resolutoria de todas las cuestiones suscitadas y debatidas en el pleito; doctrina que infringió la sentencia en el concepto de estimar la demanda de tercería sin prejuzgar la cuestión de nulidad de los títulos en que se apoyaba, porque suponía que esta nulidad había debido pedirse de un modo expreso y directo, no siendo por lo mismo bastante la fórmula empleada de que se absolviera de la demanda cuando esta fórmula abrazaba todas las cuestiones debatidas en el pleito;

Y 12. Haciendo una aplicación indebida al caso actual de la doctrina legal de que cuando la acción se funda en la nulidad de un acto ú obligación, debe pedirse separada ó juntamente con el reconocimiento del derecho que de aquella se derive, pero siempre de un modo expreso y directo la declaración de dicha nulidad, la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Enero de 1881 y 7 de Noviembre de 1879, que expresan: la primera, que la doctrina enunciada anteriormente no tiene aplicación cuando el objeto del debate ha sido la nulidad de la venta de unos bienes y recaído sobre este punto las pruebas suministradas por las partes; y la segunda, que aquella doctrina debe entenderse respecto de la acción que emana directa é indirectamente del acto ó contrato que se trata de anular; circunstancias que concurrían en el caso presente en que la única cuestión fijada y debatida como quería la ley en los escritos de contestación y de dúplica había sido la nulidad de las consabidas escrituras, y á este objeto únicamente se habían dirigido las pruebas, tanto de una como de otra parte; y que el derecho que hacía valer la Austro-Belga no nacía directa é indirectamente de la nulidad de dichas escrituras, sino que estaba reconocido en otros títulos y en una solemne ejecutoria; habiendo dicho también este Supremo Tribunal en sentencia de 3 de Julio de 1877 que son necesarios dos juicios, el uno para pedir la nulidad del acto y el otro para solicitar la declaración de derechos que de la misma se deriven:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la sentencia infringe las leyes y doctrina expuestas en los motivos 9º al 12, porque alegada la excepción de nulidad al contestar la demanda, y siendo ella objeto del debate planteado y de las pruebas practicadas, constituía la cuestión del pleito que debía resolverse en definitiva, sin reservarla para otro juicio, en el concepto de que el demandado al solicitar la absolución no pidió expresamente la declaración de nulidad del título en que se fundaba la tercería, puesto que no era precisamente lo que se pretendía con la fórmula de la absolución, que es decisiva del punto litigioso en que se haya fundado la defensa para combatir la acción propuesta por el demandante;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Sociedad anónima metalúrgica denominada *Austro-Belga*, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia

que en 25 de Octubre de 1882 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte.—(Sentencia publicada el 6 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Julio de 1884.)

312

Recurso de casación en asunto de Ultramar (6 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO.—No ha lugar al interpuesto por D. José Careche y Ugalde con D. Francisco Lorenzo del Valle (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que con la declaración de no haber lugar á la tercería no han podido infringirse por la Sala sentenciadora la doctrina legal consignada en varios fallos del Supremo Tribunal, según la cual las demandas de tercería de dominio, como todas las de su clase, tienen una tramitación marcada por la ley de Enjuiciamiento civil; y conforme á lo dispuesto en los artículos* 996 *y* 998 *de la misma, deben suspenderse los procedimientos de apremio hasta tanto que aquella se decida, previa la sustanciación correspondiente; el art.* 226 *de la ley de Enjuiciamiento civil, vigente en Cuba, en consonancia con los artículos* 224 *y* 225, *que únicamente autoriza á los Jueces para repeler de oficio las demandas no formuladas con claridad y que no se acomoden á las reglas establecidas en los artículos* 224 *y* 225, *estando obligado el Juez en todos los demás casos, por injusta y temeraria que parezca la demanda á conferir traslado de ella, según preceptivamente dispone el artículo* 227 *de la misma ley; la doctrina legal de que nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio; los artículos* 119, 124, 147, *é inciso* 2º *del* 410 *de la ley Hipotecaria; el* 996 *de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, la ley* 1ª, *tít.* 13, *Partida* 5ª, *la* 19, *tít.* 22 *de la Partida* 3ª, *y la del contrato: si tanto en los razonamientos del fallo como en su parte resolutiva, se establece expresamente el hecho de no haberse admitido la apelación respecto de aquel punto, y la consiguiente necesidad de limitarse á proveer en cuanto al otro extremo de la suspensión del pago;*

Y 2º *Que tampoco sobre este punto han podido infringirse las indicadas leyes y doctrinas, porque con la declaración de no haber lugar á la tercería de dominio era forzoso que coexistiera la de no haberle á la suspensión del procedimiento ejecutivo.*

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de dicha ciudad por D. José Careche y Ugalde, defendido por el Licenciado Don Manuel Alonso Martínez y representado por el Procurador D. Manuel Martín Veña, con D. Francisco Lorenzo del Valle, y en su nombre el Procurador D. Angel Calvo, bajo la dirección del Licenciado D. José María Fernández de la Hoz, y con Doña Natividad Iznaga de Acosta, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de dominio:

Resultando que D. Francisco Lorenzo del Valle entabló demanda ejecutiva contra su madre Doña Natividad Iznaga de Acosta para el pago del cuarto plazo de su legítima paterna, siendo embargado con tal motivo en 16 de Enero de 1874 el ingenio Mapós con todos sus

frutos y anexidades, y ratificado el embargo en 8 de Julio del propio año:

Resultando que á fines del año de 1875 dispuso el Comisario regio, con el fin de conciliar los intereses del Tesoro con los de la interesada y el refaccionista, que continuara subsistente el embargo decretado por adeudo de contribuciones en 18 de Noviembre anterior de todos los frutos que rindieran en aquella zafra de 1875 á 1876 los ingenios Natividad, Mapós y San Fernando, si bien facultando á Doña Natividad Iznaga para su extracción á medida que se fueran elaborando, enajenándolos en los mercados de los de la Habana ó del extranjero, debiendo aplicar el producto simultánea y mancomunadamente al pago de la refacción y de lo que se adeudaba al Estado, sin que en manera alguna se opusiera obstáculo al cumplimiento de aquella disposición que tenía por principal objeto dar la preferencia á los intereses del Tesoro y evitar todo género de consecuencias políticas:

Resultando que D. Francisco Lorenzo del Valle reclamó contra esta medida, solicitando del Juzgado la extracción de los azúcares embargados para su remate; y negada por el Juez esta solicitud, interpuesta apelación por Valle, la Audiencia revocó el auto apelado fundada en que la orden del Comisario regio permitiendo la extracción de los frutos sólo podía referirse al embargo constituído por la Hacienda, sin que pudiera de ningún modo afectar los derechos de un tercero, á cuyo favor se hallaba también embargado con anterioridad:

Resultando que acordado por el Juez en el año de 1879 el remate de unos azúcares elaborados en aquella zafra por el ingenio Mapós, Doña Natividad Iznaga reclamó contra esta providencia, pretendiendo que no se tocasen los frutos, en observancia de la resolución dictada por el Comisario regio, puesto que con el producto de los azúcares se habían de cubrir las atenciones preferentes de refacción y pago de contribuciones:

Resultando que el Juez denegó la reforma en auto de 26 de Setiembre de 1879 por haber tenido en cuenta lo resuelto por la Audiencia respecto de lo que acordó la Hacienda, y que para la seguridad de lo que á ésta se adeuda por el ingenio Mapós se acordó que fuera pagado con preferencia de los productos de los azúcares; pero habiendo insistido Doña Natividad protestando de los daños que pudieran resultar al orden público, porque de llevarse á efecto la extracción de los azúcares por el ejecutante, el refaccionista no haría suministros y había peligro de una sublevación en la negrada, el Juez dejó sin efecto el auto mientras que á la Hacienda no se hiciera pago de lo que por contribuciones se le adeudaba:

Resultando que D. Francisco Lorenzo del Valle apeló, y que la Audiencia en 14 de Junio de 1880, con revocación de dicho auto, dejó subsistente el en que se había dispuesto el remate de los azúcares, cuidando el Juez de poner á disposición de la Hacienda en primer lugar lo que se le adeudaba por contribuciones de la finca embargada, no sólo del producto de aquella venta, sino de las demás que se verificasen por razón de aquel juicio, sin que por esto se entendiese entorpecida la acción de la Administración que se propusiera realizar el pago de las contribuciones por medio de sus agentes y á virtud del apremio administrativo:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado de primera instancia el Gobernador general en oficio de 16 de Agosto de 1880 declaró ter-

minados los efectos de la resolución dictada por el Comisario regio, y que por tanto podían llevarse á efecto según derecho los embargos judiciales que se acordasen contra los bienes de Doña Natividad Iznaga:

Resultando que dictada sentencia de remate en el juicio ejecutivo promovido por D. Francisco Lorenzo del Valle contra su madre, se solicitó por el ejecutante la venta de los azúcares embargados:

Resultando que fundado D. José Careche y Ugalde en que dichos azúcares le habían sido vendidos por el apoderado de Doña Natividad Iznaga que había entregado ya el aproximado, y que por tanto le correspondían en propiedad, entabló demanda de tercería de dominio en 18 de Marzo de 1881 sobre los azúcares del ingenio Mapós producidos como resto de la zafra correspondiente al año 1880:

Resultando que acordado en auto de 20 de Marzo que no se proveía á este escrito hasta que se presentaran los documentos que servían de fundamento á la demanda, presentó el demandante una certificación que acreditaba la venta de los azúcares expresados hecha por el apoderado de la Doña Natividad Iznaga en 5 de Mayo de 1880 y el recibo del aproximado, que importó 57.732 pesos 20 centavos oro por el resto de zafra de los ingenios Mapós, Natividad, San Fernando y San Francisco:

Resultando que celebrado durante este tiempo el remate de los azúcares, al presentar el demandante la indicada certificación solicitó que se suspendiera la entrega á Valle del dinero, que conservaría el rematante hasta la decisión del pleito de tercería:

Resultando que estimada esta pretensión, en auto de 7 de Abril se admitió la demanda mandando citar y emplazar al ejecutante y á la ejecutada, y comparecido D. Francisco del Valle pidiendo los autos para contestar la demanda, estableció por un otrosí recurso de súplica contra el auto de 7 de Abril que ordenaba la suspensión del pago á la ejecutante con el producto de los azúcares rematados, porque la venta de los frutos cuya certificación se presentaba como título era nula de derecho porque se encontraban embargados con anterioridad, y según diversas sentencias de este Supremo Tribunal los bienes embargados judicialmente no podían ser enajenados por sus dueños durante el embargo, en términos de impedir la enajenación los efectos legales del mismo en el juicio en que se había decretado, ó no hacerse la venta con intervención del Juzgado que conocía de los autos: que era nula la enajenación de la cosa litigiosa hecha por el emplazado después del emplazamiento: que por ello era evidente que para la suspensión del pago en virtud de la interposición de una tercería era indispensable la presentación de un título legal, y no lo era la venta hecha por el deudor de los bienes embargados después del embargo que por el contrario venía á constituir verdadero cuerpo de delito:

Resultando que el Juez por auto de 26 de Julio repuso el de 7 de Abril en la parte que disponía la suspensión de pago á D. Francisco Lorenzo del Valle en los autos ejecutivos, y declaró nulo y de derecho dicho proveído, no habiendo lugar á la demanda de tercería propuesta por D. José Careche, reservándole su derecho contra quien creyere asistirle, imponiéndole las costas causadas, y que por el actuario se pusiera, con vista de dichos autos ejecutivos, certificación de los particulares que acreditasen el embargo de los azúcares y de no haberse autorizado para su venta al depositario:

Resultando que interpuesta apelación por D. José Careche, que le fué admitida en un solo efecto, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó sentencia en 5 de Diciembre de 1882 confirmando el auto apelado de 26 de Julio en la parte que declaraba no haber lugar á suspender el procedimiento ejecutivo en los que seguía D. Francisco Lorenzo del Valle contra Doña Natividad Iznaga, con las costas á cargo de la parte apelante:

Resultando que D. José Careche interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La doctrina legal consignada en varios fallos de este Supremo Tribunal, y entre ellos en el de 29 de Mayo de 1878, según la cual las demandas de tercería de dominio, como todas las de su clase, tienen una tramitación marcada por la ley de Enjuiciamiento civil, y conforme á lo dispuesto en los artículos 996 y 998 de la misma, deben suspenderse los procedimientos de apremio hasta tanto que aquélla se decida, previa la sustanciación correspondiente; el art. 226 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba, en consonancia con los artículos 224 y 225, que únicamente autorizaba á los Jueces para repeler de oficio las demandas no formuladas con claridad y que no se acomodasen á las reglas establecidas en los artículos 224 y 225, estando obligado el Juez en todos los demás casos, por injusta y temeraria que pareciera la demanda, á conferir traslado de ella, según preceptivamente disponía el art. 227 de la misma ley también infringido; reuniéndose todas estas infracciones en la de la doctrina legal de que nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio:

2° Los artículos 119, 124, 147, ó inciso 2° del 410 de la ley Hipotecaria, citados en la sentencia, por su falsa aplicación, puesto que para que fuera aplicable dicha ley era condición precisa y esencial que se tratase de bienes inmuebles, y en este caso no podía dudarse de la calidad mueble de los que se trataba, puesto que consistía en un producto industrial de la caña ya trasformada en azúcar elaborado:

3° Prescindiendo de que no había exactitud en las afirmaciones de la sentencia de no haberse admitido la apelacion contra la parte del auto que de plano declaró no haber lugar á la tercería porque en el apuntamiento constaba que Careche interpuso aquel recurso contra el auto de 26 de Julio sin limitación alguna, ó á demanda de tercería de dominio se admitía ó no; en el primer caso era evidente que conforme al art. 996 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba era necesario suspender el procedimiento de apremio hasta su decisión, infringiéndose si no el mencionado artículo, el cual citaba en tal concepto; y en el segundo caso, ó sea si no se admitía la demanda de tercería, quedaban infringidos los artículos citados en el núm. 1°:

4° Y por último, y aun cuando la invocación de la ley Hipotecaria se refería á cuestiones de fondo que no habían sido debatidas ni excepcionadas legalmente, bastándole reclamar en el extracto actual de los autos que se les permitiera la entrada en el juicio, sin embargo por pura precaución se citaba como infringida la ley 1ª, tít. 13, Partida 5ª, porque si el vendedor de los azúcares faltó á sus deberes al venderlos, el recurrente los adquirió legítimamente, porque no tenía obligación alguna de conocer ni registro público donde aprender que lo que compraba estába afecto anteriormente á otras responsabilidades; y apareciendo además del apuntamiento que Doña Natividad Iznaga estaba facultada por el Comisario regio y por auto firme de la Audiencia, fa-

cultad que estuvo viva hasta 16 de Agosto de 1880 para enajenar los azúcares de los ingenios Natividad, Mapós y San Fernando de la manera que creyera más ventajosa, aunque con la obligación natural de aplicar su producto en primer término al pago de los gastos de refacción y después á la satisfacción de lo que adeudaba al Estado con preferencia á todo otro crédito, era indudable que pudo vender á Careche y que de todos modos éste adquirió legítimamente los azúcares en litigio, toda vez que la compraventa tuvo lugar en 5 de Mayo de 1880, infringiéndose al no estimarlo así la Audiencia de la Habana la fuerza y autoridad de la cosa juzgada, ó lo que era lo mismo, la ley 19, título 22, Partida 3ª, y sobre todo la del contrato en cuanto le declaraba nulo el celebrado por el recurrente por falta de capacidad en la vendedora para enajenar los azúcares:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que sobre la declaración de no haber lugar á la tercería no han podido infringirse por la Sala sentenciadora las leyes y doctrinas citadas en los motivos expuestos, porque tanto en los razonamientos del fallo como en su parte resolutiva, se establece expresamente el hecho de no haberse admitido la apelación respecto de aquel punto, y la consiguiente necesidad de limitarse á proveer en cuanto al otro extremo de la suspensión del pago:

Considerando que tampoco sobre este punto han podido infringirse las indicadas leyes y doctrinas, porque con la declaración de no haber lugar á la tercería de dominio era forzoso que coexistiera la de no haberle á la suspensión del procedimiento ejecutivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Careche y Ugalde, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Enero de 1884.)

313

Recurso de casación (7 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Servidumbre de paso.—No ha lugar al interpuesto por Doña Rafaela de Liaño con D. Prudencio Matute Vidal (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

1º *Que según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, lo dispuesto en la ley 14, tít. 31, Partida 3ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que dividido un predio entre dos diferentes personas, sin que se establezca en el contrato un modo de disfrute diferente del que usaba el primitivo dueño de la totalidad, se entienden subsistentes las servidumbres necesarias para verificarlo, y que el signo aparente de ellas es un título para que continúen si al tiempo de la división de la propiedad no se expresa lo contrario;*

Y 2º *Que no pueden ser objeto del recurso de casación cuestiones de derecho que no se hayan propuesto y discutido oportunamente en el pleito, según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo.*

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Fregenal de la Sierra y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres por D. Prudencio Matute Vidal, por sí y como marido de Doña Antonia Martínez de Sant María, propietario y vecino de Burguillos, con Doña Rafaela de Liaño y Grajera, propietaria, de la misma vecindad, sobre servidumbre de paso por una finca de la demandada; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de la Liaño por el Procurador D. Julián Muñoz y Miguel, bajo la dirección del Licenciado D. Francisco Silvela, habiendo representado y defendido á Matute el Procurador D. Ruperto de Diego y el Licenciado D. Manuel Alonso Martínez:

Resultando que hechos anticipos de metálico y raciones para las tropas que peleaban por la independencia de la Nación en los años de 1810 y 1811 por los vecinos del pueblo de Burguillos, y no siendo posible reintegrar las cantidades suministradas, acudieron algunos al Ayuntamiento en solicitud de que les abonasen sus créditos en terrenos de las dehesas que disfrutaban mancomunadamente el vecindario, entre ellas, la de las Mohedas; que instruído el oportuno expediente, divididos en padrones y tasados éstos por peritos, se concedieron á Juan Pérez González Charueco, en el padrón de las Bocas Naves ó la Piedra del Huevo las suertes señaladas con los números 6, 7 y 8 por la suma de 24 000 rs., y á Francisco Santos el partido primero del citado padrón del Huevo:

Resultando que por fallecimiento de Juan Pérez Charueco suedieron en la finca, formada con los tres partidos que se le habían adjudicado, sus dos hijos Juan y María Francisca, mujer de Pedro Peláez, y la dividieron en dirección trasversal á su entrada, correspondiendo á Juan la primera y á María Francisca la segunda; que por escritura otorgada en Burguillos en 20 de Agosto de 1842, de la cual se tomó razón en la antigua Contaduría de Hipotecas, Pedro Peláez vendió á D. Martín Martínez de Santa María 16 fanegas de terreno con arbolado de encinas y alcornoques al sitio de la Piedra del Huevo en la dehesa de las Mohedas, lindando por Oriente con otras tierras de su hermano político Juan Pérez Charueco; Poniente con la de Manuel Santos; Norte pared de Salvatierra, y Mediodía con tierras de los herederos de Don Juan Francisco Liaño, las cuales había adquirido su padre político Juan Pérez Charueco por suministros y heredado María Francisca Pérez, mujer del vendedor, declarando que no la tenía vendida ni hipotecada, y que estaba libre de todo tributo, fianza y gravamen; y la enajenó con todos los usos, servidumbres y demás cosas anejas que había tenido y tenía; y por otra escritura de 8 de Diciembre de 1842, otorgada en la misma villa y registrada también en la Contaduría de Hipotecas, el mismo D. Martín Martínez de Santa María compró á Manuel Santos 20 fanegas de terreno de arbolado de encinas y alcornoques al sitio del Huevo en la dehesa de las Mohadas, que adquirió Francisco Santos, padre del vendedor, en pago de suministros en 1811; lindando por Oriente y Mediodía con tierra del comprador; Poniente otras de D. Nicolás Garlandi, y Norte con la pared divisoria del término de Salvatierra, libres de todo tributo, fianza y gravamen real:

Resultando que por escritura otorgada en 10 de Agosto de 1843, y registrada en la Contaduría de Hipotecas, Juan Pérez Charueco vendió á D. Antonio Manuel de Liaño y Vargas 19 fanegas de terreno de ar-

bolado de encinas y alcornoques al sitio del padrón del Huevo en la dehesa de las Mohedas, que lindan por Oriente con partido del Común llamado Bocas Naves; Poniente tierras de D. Martín Martínez de Santa María; Mediodía con otras de herederos de D. Francisco Liaño, y Norte con el término de Salvatierra, cuya finca declaró el vendedor que la heredó de su padre, quien la hubo del Ayuntamiento en pago de suministros, que estaba libre de todo tributo y gravamen real, tácito ni expreso, y en tal concepto la vendió con todos sus usos, servidumbres y demás cosas anejas que habían tenido y tenían:

Resultando que D. Juan Martínez de Santa María cercó el terreno que compró por las escrituras de 20 de Agosto y 8 de Diciembre de 842, á la vez que otros que había adquirido, y aun cuando al todo de la acerca tenía cómoda entrada por otro camino, no prescindió del de las Bocas Naves, único carretero practicable para ir á dicho partido:

Resultando que por fallecimiento de D. Martín Martínez de Santa María sucedió en dichas fincas Doña Antonia Martínez de Santa María, esposa de D. Prudencio Matute, y por el de D. Antonio Manuel de Liaño se adjudicó á Doña Rafaela de Liaño y Grajera la que su causante había comprado en 1843 á Juan Pérez Charueco, que se cercó dejando una portada en la pared del Naciente frente al camino de Bocas Naves, portada á la cual se puso una cancilla de madera y un candado con llave, y quedaron por tanto las fincas de la esposa de D. Prudencio Matute al Poniente de la de Doña Rafaela Liaño divididas por la pared hecha por Santa María y medianera de ambos predios:

Resultando que en 5 de Julio de 1880 Doña Rafaela de Liaño y Grajera presentó ante el Juzgado de primera instancia de Fregenal de la Sierra demanda de interdicto de recobrar contra D. Prudencio Matute, fundándola en que la Liaño venía en posesión material y jurídica, tranquila, continuada y no interrumpida de una cerca llamada del Huevo que heredara al fallecimiento de sus padres; que el 27 de Junio del mismo año los porqueros y guardas de Matute aportillaron la pared de la cerca y desquiciaron su cancilla para dar paso á 53 cerdos de la pertenencia de aquél, confesando de plano que lo habían hecho por orden expresa y terminante de su amo, y admitida la demanda, recibida información, en la cual cinco testigos afirmaron los hechos y prestada fianza recayo auto en 12 de Julio del expresado año mandando reintegrar á Doña Rafaela de Liaño y Grajera en la tenencia de la cerca del Huevo, y condenando á D. Prudencio Matute como despojante á que la repusiera al estado que tenia antes y al pago de todas las costas con los apercibimientos que la ley determina, y ejecutado el auto en 12 del expresado mes se notificó en el mismo á D. Prudencio Matute:

Resultando que previo acto de conciliación sin avenencia D. Prudencio Matute y Sáenz de Tejada dedujo demanda, haciendo uso de la acción real confesoria de servidumbre de la nulidad respecto al interdicto y de la personal por la reclamación de costas, daños y perjuicios, pretendiendo que Doña Rafaela de Liaño y Grajera reconociera y confesase que la cerca de D. Prudencio Matute tenía la servidumbre de paso para caballerías, ganados y carretas con sus correspondientes criados por su cerca denominada del Huevo para la del mismo nombre del demandante, dejándola expedita para el servicio referido; que se declarase nulo, sin valor ni efecto alguno el auto restitutorio recaído en el interdicto, y se condenase á la Doña Rafaela al abono de costas, daños

y perjuicios ocasionados en el mismo y que se ocasionasen en el juicio; al efecto alegó, además de los antecedentes referidos, que el camino para los padrones de Bocas Naves era el que se aparta del vecinal de Salvatierra en la finca de Pedro Marqués, de la propiedad de D. Juan Martínez de Santa María y atravesaba otras hasta llegar á las Bocas Naves; que aceptada la división de las fincas que por fallecimiento de Juan Pérez Charueco correspondió á sus hijos Juan y María Francisca, vino á quedar confirmada por consentimiento y convenio entre los hermanos la servidumbre de paso en favor de la porción de María Francisca, tanto más necesaria é indispensable, cuanto que era la que debía utilizar otro predio superior á ambos, perteneciente á Manuel Santos, hijo de Francisco; que al adquirir D. Juan Martínez de Santa María los dos predios adquirió un doble derecho de paso por la finca de Juan Pérez Charueco; que conservando éste su posesión hasta Agosto de 1844 (cuya fecha estaba rectificada por ser de 1843), que la adquirió D. Antonio Manuel de Liaño con todos sus usos y servidumbres, quedó por esa causa y por el ministerio de la ley obligado á tolerar la de paso del predio superior; que al cerrar el terreno Santa María, quedó en la pared lindera con Juan Pérez Charueco un caño y un portillo para el paso de ganados, caballerías y carretas que después de usarse se cerraban para evitar la salida del ganado propio y la entrada del extraño; que la generalidad de los Notarios, y particularmente los que han actuado en Burguillos, omitieron siempre relacionar las servidumbres favorables ó adversas que pertenecían á las fincas, refiriéndose con las palabras *usos y costumbres* á las que la costumbre y los convenios hubiesen establecido; que al cercarse la porción perteneciente á Doña Rafaela de Liaño quedó entrada para todos los servicios de la servidumbre, que se ha utilizado siempre que ha sido necesario, sin que para ello hubiere sido obstáculo la cancilla, pues se abría un portillo en las paredes ó se desquiciaba, según que estuviese atrancada con piedras sueltas ó cerrada con candado, cuyo hecho se consentía por no causar perjuicio al uso de la servidumbre; pero que á pesar de esa tolerancia jamás el caño dejó de estar tapado con piedra suelta y el portillo de igual manera, hasta que Doña Rafaela lo había mandado cerrar con piedra y barro sin consentimiento del actor, á pesar de ser pared de medianía; y que desde que Santa María adquirió el terreno hasta el 27 de Junio se había hecho uso de la servidumbre sin que los poseedores anteriores á Doña Rafaela Liaño ni ésta misma hubiera puesto el más leve obstáculo al paso de ganados; caballerías y carretas, como sucedió en 1879 y en otros:

Resultando que la demandada en su contestación pidió que se la absolviese de la demanda, excepcionando la falta de acción en el actor, la prescripción de la servidumbre, la improcedencia de la acción de nulidad del interdicto y el dolo ó malicia y temeridad del demandante, y alegó que los hechos expuestos en la demanda eran inexactos en su mayor parte; que se justificaría en término de prueba que los Notarios de Burguillos no omitían relacionar las servidumbres favorables ó adversas que pertenecían á las fincas cuyas escrituras otorgaron; que el portillo ó piedra seca en la pared medianera procedía de las diversas veces que el actor y demandado habían pasado por sus respectivas fincas para otras distintas, pero previo ruego y expreso permiso recíproco y sin el menor ánimo de imponer el uno á favor del otro y viceversa verdadera servidumbre; que siempre que á Matute había conve-

nido el paso por la cerca de la demandada había pedido permiso facilitándole la llave del candado de la cancilla; que no aparecía en título alguno la imposición de la servidumbre, ni en las paredes ni en el suelo vestigio alguno de su existencia; que había tenido la finca como libre de servidumbre sin obstar la costumbre subsistente aún después de la ley de acotamientos, de poder transitar y pastar los ganados en terrenos abiertos; que no podía sostenerse el hecho de constituirse la servidumbre por el uso constante y no interrumpido desde tiempo inmemorial, porque hasta 1811 correspondió el terreno á los Propios y después á Juan Pérez; y porque, si bien habían pasado algunas veces los ganados, ya murada la finca desde hacía 30 años, lo habían verificado no á título de servidumbre sino por ruego, faltando por tanto los requisitos necesarios para la prescripción, y finalmente, que el actor al interponer la demanda había obrado con malicia y temeridad:

Resultando que el actor en su escrito de réplica fijó los mismos hechos, aduciendo como nuevo el de que en las adjudicaciones en pago de suministros hechos á D. Francisco de Liaño en 1811 no se estableció servidumbre alguna para los padrones de Bocas Naves y Huevo; y necesariamente las comunicaciones para los terrenos adjudicados debían de ser los caminos de siempre reconocidos; y la demandada en la dúplica fijó también los mismos hechos de la contestación; que recibido el pleito á prueba se practicaron las propuestas por las partes, y el Juez de primera instancia, en 24 de Mayo de 1882, dictó sentencia condenando á Doña Rafaela de Liaño y Grajera á que reconozca que la cerca de D. Prudencio Matute tiene la servidumbre de paso para ganados y carretas, con sus correspondientes criados por su cerca denominada del Huevo para la del mismo nombre de la propiedad de él, y á que la deje expedita para este servicio; declaró válido y subsistente el auto restitutorio de 10 de Julio de 1880, dictado en el interdicto á que se refiere la demanda, y absolvió de ella á la Doña Rafaela Liaño en cuanto á la reclamación de costas, daños y perjuicios ocasionados por el mismo interdicto, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que en 11 de Enero último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres, por parte de Doña Rafaela Liaño y Grajera se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1º La ley 14, tít. 31 de la Partida 3ª, y la doctrina consignada, entre otras numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, en las de 30 de Junio de 1864, 9 de Junio de 1866, 13 de Octubre de 1866, de que las servidumbres sólo pueden constituirse por testamento, por contrato ó por prescripción; pues la sentencia la estima constituida por un pacto ó convenio tácito de los hermanos Pérez que á lo sumo pudo ser medio para adquirirla por prescripción, que hubieran concurrido las demás circunstancias que la ley exige, y que en el presente caso, por la naturaleza especial de la servidumbre, tendría que haber sido por uso inmemorial de la misma:

2º El art. 17 de la ley Hipotecaria, según el cual inscrito en el Registro cualquiera título traslativo del dominio de los inmuebles no podría inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se grave la propiedad del mismo inmueble:

3º El art. 23 de la misma ley, que dispone que los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y otros cualesquiera reales que no

estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar á tercero, y la doctrina que en conformidad con lo dispuesto en este artículo ha sentado este Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, entre ellas las de 11 y 14 de Febrero de 1874:

4° El art. 34 de la misma ley, reformado por la de 17 de Julio de 1877, que dispone que los actos ó contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello una vez inscritos no se invalidarán en cuanto á los que con ella hubieren contratado por título oneroso, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito;

Y 5° Lo dispuesto en los artículos 389, 390 y 391 de la misma ley, toda vez que D. Prudencio Matute y sus causantes han dejado trascurrir el plazo que les señalaba, no obstante las numerosas y repetidas prórrogas que le han ido ampliando sucesivamente hasta fines de Diciembre de 1874 para inscribir la servidumbre que reclamaban:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que, según la doctrina establecida por este Tribunal Supremo, lo dispuesto en la ley 14, tít. 31, Partida 3ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que dividido un predio entre dos diferentes personas, sin que se establezca en el contrato un modo de disfrute diferente del que usaba el primitivo dueño de la totalidad, se entienden subsistentes las servidumbres necesarias para verificarlo, y que el signo aparente de ellas es un título para que continúen si al tiempo de la división de la propiedad no se expresa lo contrario, que es lo que acontece en el presente caso, puesto que la finca adjudicada en pago á Juan Pérez Charueco, objeto de este pleito, al fallecimiento de aquél se dividió entre sus hijos Juan y María Francisca, sin establecerse novedad alguna respecto á la manera de su disfrute, y por consiguiente la sentencia recurrida, al condenar á Doña Rafaela Liaño á que reconozca la servidumbre de paso para ganados y carretas objeto de la demanda, no ha infringido la ley 14, título 31 de la Partida 3ª, que se cita en el primer motivo del recurso:

Considerando, respecto al 2°, 3°, 4° y 5°, que además de ser inaplicables al presente caso los artículos de la ley Hipotecaria que en aquellos se citan como infringidos, porque se trata de actos muy anteriores á la publicación de dicha ley, no pueden ser objeto del recurso de casación cuestiones de derecho que no se hayan propuesto y discutido oportunamente en el pleito, según tiene declarado repetidamente este Tribunal Supremo, y no habiéndose invocado dichos artículos entre los fundamentos de derecho de la contestación, no es estimable por ellos el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Rafaela Lieño y Grajera, á la que condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositó, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Cáceres, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 7 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 del mismo mes y año.)

314

Recurso de casación (*7 de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—NULIDAD DE CONTRATOS.—No ha lugar al interpuesto por D. Enrique Sierra con D. José Blanco González (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1.° *Que es necesario expresar el concepto en que se supone infringida la ley que se cita, y no haciéndolo no puede estimarse la procedencia de este motivo de casación;*

Y 2.° Que tampoco es de estimar la infracción de leyes que se alega haciendo supuesto de la cuestión litigiosa.

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Noviembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Enrique Sierra y Martín, en concepto de marido de Doña María del Rosario Montaño y Otero, empleado, de esta vecindad, representado por el Procurador D. Hilario Dago, bajo la dirección del Licenciado D. Cándido Peláez y Vera, con D. José Blanco González, de la propia vecindad, industrial, representado y defendido por el Procurador D. Manuel Mariño y el Licenciado D. Nicolás de Santaolalla, sobre nulidad de contratos:

Resultando que Doña Antonia Otero y Redondo, madre de Doña María del Rosario, Doña María de la Paz, Doña María de la Concepción y Doña María de los Dolores Montaño y Otero, y tutora y curadora de las mismas por defunción del padre D. Pedro Alcántara Montaño, promovió expediente de jurisdicción voluntaria para acreditar la necesidad y utilidad de tomar á préstamo la cantidad de 4.000 escudos sobre bienes propios de las citadas menores; y por auto que dictó el Juez de primera instancia del distrito del Congreso en 7 de Enero de 1870, teniendo por acreditada la utilidad y necesidad, se concedió autorización para contratar el préstamo, reducido á 3.000 escudos, por una sola vez con las condiciones más equitativas, sobre la casa núm. 5 de la Costanilla de San Pedro, perteneciente en sus tres cuartas partes á las nombradas cuatro hermanas, y la otra á Doña Dolores Montaño, que sería hipotecada, debiéndose invertir la cantidad en pagar deudas, contribuciones y censos y hacer obras, quedando la madre, tutora y curadora obligada á reintegrar á las hijas menores con bienes de la misma del total importe del préstamo y el de los gastos que con él se ocasionasen: que la misma Doña Antonia Otero Redondo, en los referidos conceptos de madre, tutora y curadora de sus cuatro hijas, acudió nuevamente al Juzgado del Congreso pidiendo autorización para tomar á préstamo 12.500 pesetas, hipotecando diez duodécimas partes de la referida casa para satisfacer con dicha suma dos préstamos, uno de 9.000 y otro de 21.000 rs., hecho el primero por D. Nemesio López Bustamante y el segundo por Doña Josefa Fernández Orozco, con el interés ambos del 12 por 100 anual, á cuya seguridad se hallaban hipotecadas las ya fijadas diez duodécimas partes de casa, según escrituras otorgadas en 21 y 24 de Febrero de 1870; y por auto de 13 de Junio de 1872

se autorizó la contratación del préstamo en la cantidad de 12.500 pesetas á interés que no excediese del 12 por 100, constituyendo la ofrecida hipoteca y anulando previamente en el mismo día las dos anteriores, quedando obligada además á invertir el dinero sobrante en obras de reparación y pagar deudas contraídas, comprando ropas y comestibles para las menores:

Resultando que la referida Doña Antonia Otero, como tutora y curadora de las mencionadas cuatro hijas, acompañada de D. Enrique Navarro Molina, marido de Doña María de la Paz, acudió al Juzgado de primera instancia del distrito de la Latina pidiendo autorización para contratar un nuevo préstamo con destino á pagar el anterior y continuar reparando la finca, y en 23 de Mayo de 1873, el Juez dictó auto aprobando cuanto procedía en derecho la información practicada, y por sus méritos autorizó á Doña María de la Paz, Doña María del Rosario, Doña María de la Concepción y Doña María de los Dolores Montaño Otero, menores de edad, para que tomasen á préstamo 15.000 pesetas á un interés que no excediese de 8 por 100 anual y por un plazo más largo del 30 de Julio de 1874, hipotecando la casa núm. 5 de la Costanilla de San Pedro, con la expresada condición de que Doña Antonia Otero y D. Enrique Navarro, en la representación que había ostentado, destinaran 12.500 pesetas á cancelar cuando venciera ó antes el préstamo anterior, y las 2.500 restantes se invirtieran en reparar la finca hipotecada; todo lo cual se había de justificar ante el Juzgado:

Resultando que á instancia de Doña Julia de Ponte se siguió juicio ejecutivo contra Doña Antonia Otero y D. Enrique Navarro, en los conceptos referidos, aquélla de madre, tutora y curadora de sus cuatro menores hijas, y el segundo como marido de Doña María de la Paz, sobre pago de 15 000 pesetas, intereses á razón del 8 por 100 anual y costas; por virtud de cuyo juicio se procedió al embargo de la casa núm. 5 de la Costanilla de San Pedro, la que valorada en 45.275 pesetas 75 céntimos, fué sacada á la venta en pública subasta, y se adjudicó como mejor postor á D. José María Agudo por la cantidad de 30.182 pesetas á calidad de ceder, como lo hizo, en D. José Blanco y González demandado en este pleito, quien lo aceptó; y practicada la liquidación de las cargas que pesaban sobre la finca, ascendió á 25.468 rs., acordándose otorgar á favor del comprador la escritura de venta, previa consignación del precio de la subasta, deducidas las cargas; y consignados por Blanco y González 95.260 rs. en 24 de Julio de 1877, se otorgó de oficio á favor del repetido comprador la escritura de venta:

Resultando que en 22 de Setiembre de 1881 D. Enrique Sierra, como marido de Doña María del Rosario Montaño, formalizó demanda ordinaria, exponiendo, después de hacer mérito de los antecedentes relacionados, que en distintas fechas y ocasiones, ya por sí propio, ya legalmente representados, habían gestionado D. Enrique Navarro, en nombre de su esposa Doña María de la Paz Montaño y Otero; D. Antonio Cortés, como curador de Doña María del Rosario; María de la Concepción y María de los Dolores Montaño y Otero, estas mismas por sí solas, y D. Antonio Cortés en otra ocasión, como marido de Doña María de la Concepción Montaño, y nunca lograron ser oídos, dando con esto lugar á que llegara á rematarse la casa núm. 5 de la Costanilla de San Pedro, que pasó á ser propiedad de D. José Blanco, dejando de pertenecer á las menores Doña María de la Paz, Doña María del Rosario, Doña María de la Concepción y Doña María de los Dolores Mon-

taño y Otero, que legítimamente disfrutaban y poseían por herencia de su abuela, siendo lesionadas en sus derechos enormemente: que el artículo 1409 de la ley de Enjuiciamiento civil previene se emplee en el objeto para que se ha pedido la cantidad obtenida por venta de bienes de un menor al justificar la necesidad y utilidad de la venta, y como quiera que la tutora y curadora de Doña María del Rosario Montaño y Otero pretendió constituir y constituyó hipoteca con el exclusivo objeto de que las menores encomendadas á su cuidado hicieran suyos los bienes dejados por su padre, y esto no se verificó en la forma ofrecida, puesto que el apoderado D. Luis Bitini al rendir cuentas se dató de la suma de 19.000 rs. con igual objeto que el atribuído al préstamo hipotecario de 4.000 escudos con que fué gravada la casa núm. 5 de la Costanilla de San Pedro, siendo nula toda la contratación falseada por su base, debiendo ponerse en posesión de dicha casa á Doña María del Rosario Montaño y Otero y sus hermanas, sin que pudiera perjudicarles lo que otras personas, ó mal aconsejadas ó faltas de juicio suficiente, hayan disminuído su propiedad en circunstancias en que, ó no fueron oídas en sus reclamaciones unas veces, ó se veían imposibilitadas de reclamar en otras: que no habiéndose cumplido los fines para que se constituyó el primer préstamo, es claro que al contratarse el segundo y tercero objeto de la ejecución terminada con la venta de dicha casa no se hizo otra cosa que retrasarse el término fatal qué por último llegó, ó sea la venta de la finca: que había además tales vicios de nulidad en los expedientes de necesidad y utilidad, que no era posible que pasasen desapercibidos: que en el instruído en Marzo de 1872 aparecía autorizando á D. Enrique Navarro, menor de edad y esposo de una de las hijas de Doña Antonia Otero, para que contratase cual si se tratara de bienes propios el padre de dicho Navarro, y en Mayo de 1873 y siendo aún menor de edad D. Enrique Navarro, en el expediente que se instruyó autorizó á su mujer para que pudiera ser parte constante en esta operación, y ejercitando la acción real pidió se declarara anulada toda la contratación de que había sido objeto la repetida casa que disfrutaba D. José Blanco, y de la cual deberían ser puestos en posesión Doña María del Rosario Montaño y Otero y sus hermanas:

Resultando que D. José Blanco, al contestar á la demanda pidió se le absolviera de ella imponiendo al actor perpetuo silencio y el pago de las costas; alegando al efecto, en vista también de algunos de los antecedentes relacionados, que la demanda estaba en todo y por todo indocumentada, lo cual si bien podía redundar en perjuicio del demandante, no lo era menos del demandado, que pudiera impugnar los títulos invocados por el actor: que si bien hubiera alguna informalidad ó perjuicio considerable que pudiera anular la venta de la casa en cuestión, sabido es que los menores lesionados pueden pedir la restitución que les concede el derecho; pero al efecto habían de justificar en juicio previo y durante su menor edad, ó cuatro años después, que sufrieron daño bastante para que haya lugar á su demanda: que según el número 2° del art. 503 de la ley de Enjuiciamiento civil, el demandante debe acompañar el documento ó documentos que acrediten el carácter con que se presenta en el juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona ó corporación, ó cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro trasmitido por herencia ó por cualquier otro título, y la parte contraria no había presentado los documentos en que fundaba su derecho ni señalaba el archivo en que pudieran encontrar-

se: que la rescisión es improcedente cuando no se deduce en tiempo hábil ni se prueba la lesión enormísima en que se apoya, según tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Mayo de 1864: que la acción restitutoria que compete al menor de edad para promover el juicio especial de restitución es incompatible con el de nulidad, debiendo ejercitarse por consiguiente la una ó la otra en conformidad con la doctrina establecida en sentencias de 2 de Junio de 1858 y 29 de Abril de 1865: que no ha lugar á reclamar defectos cometidos en la enajenación de fincas de menores cuando reclaman éstos la subsanación fundándose en la menor edad; pero después de haber trascurrido con exceso el cuadrienio legal sin haber hecho uso del derecho de restitución, y á mayor abundamiento resulta que los menores no sufrieron perjuicios en la venta, y que la venta de bienes de menores sólo es nula cuando en su enajenación no se ha cumplido las condiciones que marcan las leyes de Partida:

Resultando que sin que por las partes se hiciera uso del trámite de réplica y dúplica, se recibió el pleito á prueba; y practicadas las propuestas, el Juez de primera instancia por sentencia, que fué confirmada por la Sala primera de lo civil de este distrito en 12 de Febrero próximo pasado, absolvió á D. José Blanco González de la demanda contra el mismo interpuesta por D. Enrique Sierra y Martín, como marido de Doña María del Rosario Montaño y Otero, condenando á éste en las costas:

Resultando que por parte de D. Enrique Sierra y Martín se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1° La ley 1ª, tít. 13, y tít. 25 de la Partida 3ª:

2° Las leyes 2ª, 3ª y 5ª, tít. 19 de la Partida 6ª:

3° La jurisprudencia establecida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1863, disposiciones legales todas según las que procede la restitución *in integrum* de la casa de la Costanilla de San Pedro á la menor Doña María del Rosario y sus hermanas, como consecuencia de la nulidad que debiera haberse declarado de la contratación de dicha casa:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando en cuanto á la ley 1ª, tít. 13 de la Partida 3ª que se cita en el primer motivo del recurso y que trata de qué cosa es conoscencia y quién la puede facer, no se expresa en el concepto en que se supone infringida; requisito esencial que la ley exige, y sin el cual no puede apreciarse su procedencia:

Considerando respecto á la 3ª, tít. 25 de la misma Partida; 2ª, 3ª y 5ª, tít. 19 de la Partida 6ª y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que se alegan en los tres motivos, que siendo uno de los fundamentos de la sentencia recurrida que no se han alegado ni probado perjuicios sufridos por la Doña María del Rosario bastantes á fundar la restitución con motivo de los contratos á que este pleito se refiere, se hace supuesto de la cuestión para alegar como infringidas dichas leyes y doctrina de este Tribunal Supremo, y en tal concepto es improcedente el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al de casación por infracción de ley interpuesto por D. Enrique Sierra Martín, á quien condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación

á la Audiencia de esta corte, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 7 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Enero de 1884.)

315

Recurso de casación (7 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—Entrega de una finca.—No se admite el interpuesto por D. José Giralt con D. Joaquín de Carcer (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que con arreglo á lo dispuesto en el art. 1713 *de la ley de Enjuiciamiento civil, nombrados al recurrente pobre Abogado y Procurador de oficio, debe interponer el recurso dentro del término de* 20 *días, y es inadmisible si se presenta después de trascurrido dicho plazo.*

Resultando que nombrados á D. José Giralt y Gibert, que se defiende como pobre, Procurador y Abogado de oficio á fin de interponer recurso de casación contra la sentencia que en 8 de Marzo último dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en autos con D. Joaquín de Carcer y de Amat, sobre entrega de una finca, le fueron entregados los autos al Procurador con dicho objeto en 26 de Julio, y que en 15 de Octubre los devolvió con escrito interponiendo el recurso:

Siendo Ponente el Magistrado D. Eugenio de Angulo:

Considerando que con arreglo á lo dispuesto en el art. 1713 de la ley de Enjuiciamiento civil, nombrados al recurrente pobre Abogado y Procurador de oficio, debe interponer el recurso dentro del término de 20 días, y que en este caso ha sido presentado después de trascurrido con exceso dicho plazo:

Visto lo dispuesto en los artículos 1728, párrafo segundo, y 1729, núm. 1º;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto á nombre de D. José Giralt y Gibet, á quien se condena en las costas: comuníquese este auto á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento que ha remitido; y publíquese en la forma prevenida en la ley.—(Sentencia publicada el 7 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Enero de 1884).

316

Recurso de casación (8 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Responsabilidad civil contra un Juez.—No ha lugar al interpuesto por el Ministerio fiscal contra D. Víctor Cobián y otro (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1º *Que así la ley orgánica del Poder judicial, que estableció el recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados, como la ley vigente de Enjuiciamiento civil, que regula el procedimiento para exigirla, prohiben que pueda entablar el juicio de responsabilidad el que no haya utilizado á su tiempo los recursos legales contra la sentencia,*

auto ó providencia en que se suponga causado el agravio, ó no hubiese reclamado oportunamente durante el juicio pudiendo hacerlo;

Y 2° Que no se infringe la ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª, al condenar en costas al demandante, porque al imponerlas el Tribunal sentenciador no ha aplicado esa ley, sino que ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 916 de la ley de Enjuiciamiento civil, que manda condenar en todas ellas al actor en todo caso en que la sentencia absuelva de la demanda de responsabilidad civil.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Noviembre de 1883, en el recurso de responsabilidad civil que ante Nos pende, seguido en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos á instancia del Ministerio fiscal, en representación de la Hacienda, contra D. Víctor Cobián y Junco, Juez de primera instancia que fué de Torrelavega, y D. Pedro Castañeda Navarrete, Promotor fiscal sustituto que fué del mismo Juzgado, sobre pago de 74 pesetas 90 céntimos; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio fiscal:

Resultando que seguida causa en el Juzgado de primera instancia de Torrelavega en el año de 1876 contra Fermín Somán Oyela por lesiones á Manuel Torre, por sentencia que dictó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Burgos en 14 de Agosto de 1877 fué condenado el Fermín á la pena de dos meses y un día de arresto mayor, accesorias, indemnización al ofendido y pago de costas:

Resultando que para hacer efectivas las responsabilidades de costas é indemnización, así como las demás que comprendía la condena, se enajenaron bienes embargados al procesado por valor de 306 pesetas 75 céntimos, adjudicándose á D. José Torres como mejor postor; y previa liquidación que el Juez de primera instancia D. Víctor Cobián mandó practicar en providencia de 16 de Junio y que aprobó por otra de 1° de Agosto de 1879, se distribuyó el producto de lo vendido entre los partícipes, en las costas, indemnización, reintegro de papel y pago de 17 pesetas 67 céntimos por la última anualidad de la contribución territorial, ó sea por los trimestres 1°, 2° y 3° del año 1878 á 1879 que ya había sido reclamada anteriormente por la Agencia del Banco de España, así como los cupos correspondientes á los años económicos de 1875 á 76, 1876 á 77 y 1877 á 78, hasta la suma total de 92 pesetas 57 céntimos:

Resultando que el Recaudador de contribuciones, en vista de que en la distribución del producto de los bienes embargados á Somán sólo se adjudicaban para el pago de aquéllas 17 pesetas 67 céntimos, y no las 92'57 que tenía reclamadas, dirigió oficio al Juzgado reclamando el pago completo de dicha suma, y el Juez, oyendo al Promotor fiscal sustituto D. Pedro Castañeda y de conformidad con su dictamen, en providencia de 16 de Setiembre de 1879 declaró no haber lugar á la reforma del proveído en que se mandó abonar á la Agencia sólo las 17 pesetas 67 céntimos por estar ya hecha y aprobada la liquidación y repartido el producto, y por ser lo mandado pagar lo que correspondía á la última anualidad devengada y no satisfecha, reservando al Recaudador del Banco su derecho para ejercitarlo en la forma procedente:

Resultando que el Fiscal de la Audiencia de Burgos, en cumplimiento de una Real orden que se le dirigió, expedida por el Ministerio de Hacienda en 7 de Agosto de 1880, y de conformidad con lo dispuesto en el cap. 2°, tít. 5° de la ley orgánica del Poder judicial, exigiendo

la responsabilidad civil contra el Promotor Castañeda y Juez de primera instancia de Torrelavega en el año de 1879 D. Víctor Cobián, pidió que en el juicio correspondiente y previos los trámites de la ley, se condenase á dichos funcionarios al pago de 74 pesetas 90 céntimos en que fué perjudicada por los mismos, fundándose para ello y como consecuencia de los antecedentes relacionados en que el que causa un mal está en la obligación de resarcirlo, y que hay negligencia ó ignorancia inexcusables, cuando aunque sin intención se hubiese dictado providencia manifiestamente contraria á la ley ó se hubiese faltado á algún trámite mandado observar por la misma, bajo pena de nulidad:

Resultando que conferido traslado de la demanda al Juez D. Víctor Cobián y al Promotor fiscal sustituto D. Pedro Castañeda, le evacuó el primero pidiendo se le absolviera de ella con imposición de perpetuo silencio y costas á la Hacienda; y expuso, entre otras consideraciones, que el demandado dispuso que por el actuario se procediese al prorrateo del precio de las fincas embargadas, adjudicando á la Hacienda lo que le correspondía por el año último con arreglo al caso 5° del art. 168 de la ley Hipotecaria, y no lo reclamado por el Recaudador de contribuciones pertenecientes á años anteriores, y á bienes no embargados: que contra la providencia y el auto aprobando la distribución entre la Hacienda y demás partícipes en las costas dictado de conformidad con el representante de aquélla el Ministerio fiscal, no se interpuso recurso alguno: que el derecho del Recaudador no había sido declarado preferente por ejecutoria, lo cual era preciso con arreglo al art. 993 de la ley de Enjuiciamiento civil entonces vigente: que el Recaudador no había acreditado haber cumplido con los artículos 9° y 10 de la instrucción de 3 de Diciembre de 1869 ni se demostraba que se hubiese seguido el procedimiento administrativo: que la acción está prescrita; pues ya se cuente el tiempo desde la providencia de 1° de Agosto de 1879, que se supone injusta, ya desde el 3 de Febrero de 1881 en que empezó á regir la ley de Enjuiciamiento civil, han trascurrido más de seis meses y es aplicable la doctrina del art. 905 de aquélla:

Resultando que el demandado Promotor fiscal sustituto D. Pedro Castañeda no compareció á contestar la demanda, por lo que acusada la rebeldía se hubo por contestada aquélla, entendiéndose las diligencias respecto del mismo con los estrados: que el Ministerio fiscal renunció al trámite de réplica; y no habiéndose solicitado el de prueba, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por sentencia de 19 de Julio de 1882 absolvió á D. Víctor Cobián y D. Pedro Castañeda, Juez que fué el primero y Promotor fiscal sustituto el segundo de Torrelavega, de la demanda interpuesta por el Fiscal de Audiencia á nombre de la Hacienda, reservando á ésta su derecho para ejercitar sus acciones para la cobranza de las 74 pesetas 90 céntimos que reclamó el Recaudador del Banco por contribuciones adeudas por Fermín Somán imponiendo las costas al demandante:

Resultando que por parte del Ministerio fiscal, en representación del Estado, se interpuso recurso de casación por conceptuar infringidas:

1° Las leyes de presupuestos correspondientes á los años económicos de 1875 á 76, 1876 á 77 y 1877 á 78, que determinan la cantidad respectivamente exigible por contribución territorial, y que debía hacerse efectiva con arreglo á los respectivos repartimientos, y las Reales órdenes de 14 y 22 de Marzo de 1852, que para facilitar dichas operacio-

nes disponen que los Jueces y Tribunales ordenen el inmediato pagó de las cuotas que para el contribuciones se haya repartido á los bienes embargados y que están á disposición de los mismos tan pronto como les sean reclamados por los encargados de la cobranza, toda vez que el Juez que era de Torrelavega no acordó y el Promotor no solicitó el pago de los descubiertos en que, correspondientes á los ejercicios expresados, estaban los bienes embargados á Fermín Somán en la causa que se le seguía, siendo así que fueron reclamados oportunamente y con repetición por el comisionado del Banco encargado de la recaudación, no obstante lo cual, y existiendo bienes bastantes para verificarlo, se dió al producto en venta de los mismos otra inversión en beneficio del ofendido y de los interesados en las costas, con lo que se causó el perjuicio consiguiente á la Hacienda del importe de las mismas, consistente en 74 pesetas 90 céntimos reclamados en la demanda:

2° Los artículos 260, 262 y 835 de la ley orgánica del Poder judicial, que conceden el resarcimiento de los daños causados cuando en el desempeño de las funciones respectivas de los Jueces é individuos del Ministerio fiscal se infringen las leyes por ignorancia ó negligencia inexcusables, toda vez que en lugar de atenderse á las reclamaciones que tenía deducidas el Recaudador de contribuciones se dictaron las providencias de 16 de Junio y 1° de Agosto de 1879, por las que se mandó que se distribuyeran el importe de los bienes vendidos al procesado entre todos los partícipes por el orden establecido en el art. 49 del Código penal, cuya liquidación y distribución fueron aprobadas prescindiendo del descubierto en que se encontraban los bienes expresados por razón á los ejercicios de 1875 á 1878:

3° El art. 266 de la citada ley, toda vez que oficialmente reclamó la Hacienda por medio de su representante el pago del descubierto, y si esa reclamación no fué atendida por el Juez, ni aun amparada en formas judiciales por el representante de aquélla en juicio, no puede empecer á la acción deducida, ya porque la razón en que dicho artículo descansa estuvo salvada, ya porque las reclamaciones administrativas no sólo son atendibles ante los Tribunales, sino obligatorias cuando se refieren al cobro de contribuciones, como lo disponen las Reales órdenes de 14 y 22 de Marzo de 1853:

4° El art. 906 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que en la sentencia se hace aplicación del mismo, cuando los hechos que dieron origen á la responsabilidad se ejecutaron mucho antes de la publicación de la expresada ley, cuando la orgánica no estableció la limitación que aquél contiene, y cuando la acción de responsabilidad se mandó entablar en Real orden de 7 de Agosto de 1880, y si no se verificó hasta 12 de Setiembre de 1881 fué debido á causas ajenas á la voluntad del Estado, no pudiendo por tanto dar ocasión á que se sufra el perjuicio que se le ha inferido:

5° La ley 8ª, tít. 22, Partida, 3ª, toda vez que se impone al demandante el pago de las costas, siendo así que éstas constituyen la pena legal del litigante temerario, cuya calificación no puede merecer el Estado, ya porque es innegable el perjuicio que ha sufrido, como es innegable el derecho y hasta la obligación que tenía de reclamar la subsanación del mismo por los medios que la ley le concede:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que así la ley orgánica del Poder judicial, que esta-

bleció el recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados, como la ley vigente de Enjuiciamiento civil, que regula el procedimiento para exigirla, prohiben que pueda entablar el juicio de responsabilidad el que no haya utilizado á su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto ó providencia en que se suponga causado el agravio ó no hubiese reclamado oportunamente durante el juicio pudiendo hacerlo:

Considerando que si bien la Agencia del Banco de España, noticiosa de la distribución del producto de los bienes embargados al procesado, en que sólo se le adjudicaban 17 pesetas 67 céntimos, y no las 92 con 57 que tenía reclamadas, ofició al Juzgado interesando el completo pago de esta última suma, el Juez negó esta pretensión y providenció no haber lugar á la reforma de dicha liquidación después de oir al Promotor fiscal, y de acuerdo con su dictamen, sin que contra esta resolución se entablara recurso alguno ante el Juzgado ni después ante la Audiencia respectiva que aprobó la mencionada distribución, como debió en su caso hacerse, bien por la Agencia del Banco ó bien por el Ministerio fiscal:

Considerando que no habiéndose cumplido con el requisito previo que la ley exige no ha podido prosperar la demanda de responsabilidad, y por tanto la sentencia recurrida que absuelve á los demandados no ha infringido las leyes que se citan en los cuatro primeros motivos en que el recurso presente se funda:

Considerando, en cuanto al quinto, que tampoco ha infringido la ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª al condenar en costas al demandante, porque al imponerlas el Tribunal sentenciador no ha aplicado esa ley, sino que ha cumplido con lo preceptuado en el art. 916 de la ley de Enjuiciamiento civil, que manda condenar en todas ellas al actor en todo caso en que la sentencia absuelva de la demanda de responsabilidad civil;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio fiscal, en representación del Estado: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Burgos, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 8 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Enero de 1884.)

317

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (8 *de Noviembre* de 1883).—Pago de cantidad.—Ha lugar al interpuesto por D. José Pío Mazorra con D. Damián Bauzá (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que á tenor del art.* 1014, *en relación con el* 1013 *de la ley de Enjuiciamiento civil de* 5 *de Octubre de* 1855, *aplicable á la isla de Cuba por Real decreto de* 9 *de Diciembre de* 1865, *procede el recurso de casación por quebrantamiento en la forma en los juicios ejecutivos; hallándose comprendida la falta de citación de remate en la causa* 1ª *del art.* 1013;

Y 2° *Que con arreglo al* 228 *de la misma ley, el emplazamiento, que según la jurisprudencia equivale á dicha citación en el juicio ejecutivo,*

debe practicarse con todos los demandados en el mismo: lo cual concuerda con lo prevenido en el art. 959.

En la villa y corte de Madrid, á 8 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Damián Bauzá y Oliver, defendido por el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y representado por el Procurador D. Daniel Doze, con D. José Pío Mazorra y Cairo, por sí y como apoderado de sus hermanos D. Antonio, D. Andrés, D. Justo y Doña Clara Mazorra, y en su nombre el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, bajo la dirección del Licenciado D. Rafael María de Labra, sobre pago de pesos:

Resultando que D. Antonio, D. Andrés, D. Justo, Doña Ramona y Doña Clara Mazorra y Cairo, estas dos últimas autorizadas por sus respectivos maridos, otorgaron poder en 6 de Marzo de 1860 á favor de su hermano D. José Pío Mazorra, para que demandara y percibiera cuantas cantidades se le adeudasen; para que dirigiera y administrara todos sus bienes, arrendándolos, hipotecándolos, vendiéndolos y dándolos en fianza; para que pudiera otorgar toda clase de poderes generales y especiales, y por último general para toda clase de juicios; y que este poder fué revocado por Doña Ramona en 5 de Junio de 1862:

Resultando que D. José Pío Mazorra, por sí y como apoderado general de sus hermanos, firmó un pagaré en la Habana á 13 de Setiembre de 1878 para el día 13 de Diciembre siguiente, á la orden de Don Damián Bauzá por la cantidad de 6.046 pesos oro español, procedentes de un pagaré que se otorgó en 16 de Julio de aquel año en cambio de la libranza núm. 504 del ingenio Santa Clara, á cuya cantidad ascendía con los intereses:

Resultando que con presentación de este pagaré solicitó D. Damián Bauzá en 14 de Julio de 1879 que fuera reconocido por D. José Pío Mazorra, declarando al propio tiempo que tenía el poder de sus hermanos D. Antonio, Doña Clara, D. Justo y D. Andrés, y que éstos eran los únicos que componían la representación deudora; y que por no haber comparecido á pesar de las citaciones que se le hicieron fué declarado confeso en la certeza y legitimidad del pagaré:

Resultando que traído á los autos á instancia de Bauzá testimonio del poder antes referido, solicitó en su vista que se despachara mandamiento de ejecución contra los bienes de D. José Pío, D. Antonio, Don Andrés, D. Justo y Doña Clara Mazorra por la cantidad mencionada y costas, y que hecho el embargo se citara de remate á los deudores en la persona de D. José Pío, por sí y como apoderado general de sus hermanos:

Resultando que despachada la ejecución, fué requerido de pago D. José Pío Mazorra, embargándosele varios muebles, siendo después citado de remate, y que personado en los autos se opuso á la ejecución, sosteniendo que era nula, porque el pagaré estaba otorgado por D. José Pío Mazorra por sí y como apoderado general de sus hermanos, y cuando existía una obligación mancomunada, aunque fuera por medio de un poder, debía citarse clara y precisamente á cada uno de los obligados por cualquiera de los medios que prescribían los artículos 29, 30 y 31 de la ley de Enjuiciamiento civil; y que no habiéndose cumplido con estos preceptos era nula la tramitación de aquel juicio,

pidiendo en su virtud que se declarase no haber lugar á pronunciar sentencia de remate, protestando para su caso interponer recurso de casación:

Resultando que el ejecutante D. Damián Bauzá sostuvo que no hallándose firmado el pagaré más que por D. José Pío Mazorra, era el único deudor personal en cuanto á los efectos de la citación, sin perjuicio de que por virtud del poder que sus hermanos le confirieron quedasen los bienes de éstos sujetos á la responsabilidad contraída por aquél; doctrina corroborada por este Tribunal Supremo en sentencia de Junio de 1866:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia mandando seguir la ejecución adelante por la suma de 6.046 pesos oro, costas causadas y que se causen hasta hacer trance y remate de los bienes embargados á D. José Pío y Mazorra por sí y como apoderado de sus hermanos, y con su producto entero y cumplido pago á Don Damián Bauzá y Oliver:

Resultando que apelada esta sentencia y confirmada con las costas por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 6 de Julio de 1880, interpuso D. José Pío Mazorra recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fundó en la causa 1ª del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no haberse citado y emplazado á todos los deudores, puesto que siendo la obligación mancomunada y no solidaria, debieron entenderse todas las diligencias del juicio con las personas obligadas en general y no en una de ellas en particular:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que á tenor del art. 1014, en relación con el 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855, aplicable á la isla de Cuba por Real decreto de 9 de Diciembre de 1865, y por lo tanto al presente caso, procede el recurso de casación por quebrantamiento en la forma en los juicios ejecutivos, hallándose comprendida la falta de citación de remate en la causa 1ª del art. 1013; y que con arreglo al 228 de la misma ley, el emplazamiento, que según la jurisprudencia equivale á dicha citación en el juicio ejecutivo, debe practicarse con todos los demandados en el mismo: lo cual concuerda con lo prevenido en el art. 959:

Considerando que en el juicio ejecutivo de que se trata fueron demandados el hoy recurrente D. José Pío Mazorra y Cairo y sus cuatro hermanos D. Antonio, D. Justo y Doña Clara, puesto que contra ellos ejercitó el acreedor Bauzá sus acciones personales, pidiendo se librara mandamiento de ejecución en forma contra los bienes de los mismos por la cantidad que le debían; por consecuencia á los cinco debió citárseles de remate;

Y considerando que, habiéndose limitado dicha citación á la persona de D. José Pío Mazorra, se ha quebrantado el art. 228 mencionado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Pío Mazorra y Cairo; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 6 de Julio de 1880 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, y mandamos que se devuelvan los autos al Juzgado de primera instancia que ha conocido de ellos para que, reponiéndolos al estado de citación de remate, los sustancie y determine con arreglo á derecho; y líbrese la certificación correspondiente á la Audiencia referida, por la cual se devuelva al

recurrente el depósito constituído.—(Sentencia publicada el 8 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Enero de 1884.)

318

Recurso de casación (9 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por D. Antonio Socías con D. Magín Mayner (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1º *Que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora, y que á su resolución debe estarse mientras contra ella no se cite error de derecho ó de hecho fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador;*

Y 2º Que si haciendo uso de sus facultades la Sala sentenciadora aprecia en conjunto la prueba documental y testifical practicada, y declara que el recurrente no es pobre en el sentido legal, tanto por los bienes é industria que tiene, como por los signos exteriores á que se refiere el art. 17 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin que contra su apreciación se haya alegado error alguno, la sentencia no infringe los artículos 13 y 15 de aquella ley.

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Vendrell y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Antonio Socías y Alomá, albañil, vecino de dicha ciudad, con D. Magín Mayner, propietario, vecino de Vendrell, y el Ministerio fiscal sobre defensa por pobre; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre del D. Antonio Socías por el Procurador D. Juan Ayras bajo la dirección del Licenciado D. Manuel García y Gordó, no habiéndose personado en este Tribunal Supremo D. Magín Mayner:

Resultando que en 29 de Diciembre de 1881 D. Antonio Socías, después de haberle sido nombrado Procurador de oficio, presentó demanda pretendiendo el beneficio de pobreza para litigar con D. Magín Mayner, fundándose en que él ni su esposa é hijos pagaban contribución ni disfrutaban de renta ni pensión alguna, viviendo sólo del jornal eventual de 4 pesetas que ganaba como albañil; y que como aparecía del certificado librado por el Escribano del Juzgado de primera instancia del distrito del Pino de Barcelona, que acompañaba, si bien poseía tres casas en la villa de Gracia, las tenía embargadas por dicho Juzgado en méritos de unos autos ejecutivos seguidos contra el mismo por D. Anselmo Abril, de cuyo certificado resultaba que una de las embargadas tenía secuestrados los alquileres ó rentas de las mismas por auto de 7 de Noviembre de aquel año, y pidió que el Juzgado reclamase de oficio las respectivas certificaciones de la contribución en las correspondientes Administraciones y de si gozaba de voto electoral:

Resultando que reclamadas por el Juzgado, fueron unidas una certificación de la Alcaldía de aquella capital, de la cual resultó que el Socías no se hallaba inscrito en el censo electoral de la misma, y otra comunicación de la Administración de Contribuciones y Rentas de la provincia de Barcelona, en la cual se hacía constar que el repetido Antonio Socías no constaba pagase contribución de subsidio ni territorial:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Magín Mayner y al Promotor fiscal, el primero se opuso á la misma por considerar haber dejado de cumplir el Socías algunos requisitos esenciales, y con arreglo al art. 29, párrafo primero, de la ley de Enjuiciamiento civil, estimó no debía darse curso á tal demanda, puesto que en la misma no se cumplía lo prevenido en el art. 28, párrafo primero, de la dicha ley por no expresarse el pueblo de naturaleza de Socías ni el punto donde estuviera éste empadronado ó residido por espacio de los cinco años entonces anteriores, y pidió se declarase improcedente la demanda y que impusieran al demandante las costas de las mismas; y el Ministerio fiscal manifestó que no teniendo la demanda los requisitos prevenidos por la ley, procedía que al abrirse á prueba el juicio manifestara el Socías el pueblo de su naturaleza y el domicilio que tenía en los cinco años antes de la presentación de la demanda:

Resultando que recibido el incidente á prueba, se practicaron las propuestas por las partes; y unidas, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 24 de Mayo de 1882 por la que denegó el beneficio de pobreza solicitado por D. Antonio Socías y Alomá, imponiéndole las costas del incidente y condenándole al reintegro del papel sellado correspondiente:

Resultando que admitida la apelación que Socías interpuso, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de 10 de Enero último, confirmó con las costas la apelada, teniendo en consideración que de las pruebas suministradas aparece que D. Antonio Socías tiene tres casas en la villa de Gracia teniendo un establecimiento de recreo en una porción de terreno, estimándola el mismo Socías en 30.000 pesetas, siendo dueño de otra pieza de tierra de unos tres jornales:

Resultando que por parte de D. Antonio Socías se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1° El art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil que dice: «La justicia se administrará gratuitamente á los pobres que por los Tribunales sean declarados con este beneficio:»

2° El art. 15 de la misma ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora, y que á su resolución debe estarse mientras contra ella no se cite error de derecho ó de hecho fundado en documento ó acto auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador:

Considerando que haciendo uso de sus facultades, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona ha apreciado en conjunto la prueba documental y testifical practicada, y ha declarado que el recurrente no es pobre en el sentido legal, tanto por los bienes é industria que tiene, como por los signos exteriores á que se refiere el art. 17 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin que contra su apreciación se haya alegado error alguno, razón por la que la sentencia recurrida no infringe los artículos de aquella ley que se citan en los dos motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio Socías, al que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento.—(Sen-

tencia publicada el 9 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 19 de Enero de 1884.)

319

Competencia (9 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE CANTIDAD.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia de Antequera la suscitada con el de igual clase del distrito del Salvador de Sevilla, sobre conocimiento de la demanda entablada por D. Miguel Gómez Quintero con Doña Josefina Perret y otro, y se resuelve:

1° *Que según el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil y su regla 1ª, fuera de los casos de sumisión de que tratan los artículos anteriores, es Juez competente en los juicios en que se ejercitan acciones personales el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y que conforme á la jurisprudencia establecida, la designación de este lugar no sólo se hace expresamente, sino de una manera tácita cuando la obligación lleva en sí la condición implícita del lugar en que ha de ser cumplida:*

2° *Que la doctrina de que en el lugar donde principia á cumplirse una obligación debe realizarse su perfecto cumplimiento, no es más que una fundada inteligencia del lugar donde debe cumplirse, pero que no excluye otra más clara inteligencia, sino que cede á la que se funda en datos que designen dicho lugar con mayor precisión;*

Y 3° *Que estando fuera de los casos expresos en la ley el acto de que se deriva la sumisión tácita que se alega, no puede presumirse por nacer de un acto que deja lugar á grave duda acerca de cuál sea la voluntad del demandante á someterse al domicilio de la demandada.*

En la villa y corte de Madrid, á 9 de Noviembre de 1883, en la competencia pendiente ante Nos, promovida por el Juez de primera instancia del distrito del Salvador de Sevilla al de la ciudad de Antequera sobre conocimiento de la demanda deducida por D. Miguel Gómez Quintero contra Doña Josefina Perret y Colomo, Condesa de Torrecuéllar y viuda de los Corvos, y D. Juan Yáñez de Barnuevo y Pomar, Marqués de Ariño, sobre pago de pesetas:

Resultando que ocurrido en 31 de Julio de 1880 el fallecimiento de D. Isidro Mesía de Vargas, Conde de los Corvos, y declarado sucesor inmediato de los vínculos que poseía D. Juan Nepomuceno Yáñez de Barnuevo, Marqués de Ariño, con fecha en Antequera á 1° de Octubre de 1880 firmaron un convenio Miguel Gómez Quintero, vecino y Notario de dicha ciudad, en representación de Doña Josefina Perret y Colomo, Condesa de Torrecuéllar, vecina de Sevilla, viuda y heredera del Conde de los Corvos, y D. Juan Yáñez de Barnuevo, vecino de Osuna, en representación de su padre el Marqués de Ariño, en el que establecieron y convinieron las bases y forma de división de los vínculos entre el inmediato sucesor y la heredera, estipulando en la cláusula 12 que los gastos que originasen las diligencias preliminares de la división, la escritura de ella, separación é inventario de papeles del archivo y demás operaciones consiguientes, hasta dejarlo todo ultimado, se costearían de por mitad, ejecutándolo todo D. Miguel Gómez Quintero, nombrado por ambas partes: en la 13 que este convenio produciría

para los interesados los mismos efectos legales que si fuese escritura pública desde el momento en que fuera ratificado por los mismos; y en la 14 que quedaban completamente autorizados para resolver las dudas que pudieran ocurrir en la ejecución del convenio, y que al pie de este documento, y con fecha en Sevilla á 8 de dicho mes de Octubre, fué aprobado por el Marqués de Ariño y por la Condesa de Torrecuéllar:

Resultando que ante el Notario D. Miguel Gómez Quintero se otorgó en la ciudad de Antequera en 22 de Julio de 1881 por D. Juan Antonio de Torres, como apoderado de la Condesa viuda de los Corvos, y por D. Juan Yáñez de Barnuevo, en representación de su padre el Marqués de Ariño, la escritura de división de los bienes vinculados que poseyó el Conde de los Corvos, la cual ambos otorgantes aprobaron ó ratificaron, obligando á sus principales á estar y pasar por su contenido en todos sus extremos; quedando sometidos al fuero de aquella ciudad de Antequera para el cumplimiento de cuanto se ocurriese en lo sucesivo, á cuyo fin obligaron los bienes de sus poderdantes:

Resultando que ante el mismo Notario D. Miguel Gómez Quintero, y en 28 de dicho mes de Julio de 1881, se otorgó por D. Juan Antonio Torres, como apoderado de la Condesa viuda de los Corvos, la escritura de liquidación de los bienes de la sociedad conyugal formada entre los Condes de los Corvos, consignándose en ella lo que pertenecía á la Condesa por sus aportaciones al matrimonio, gananciales y herencia:

Resultando que la partición de los bienes vinculados que el Conde de los Corvos poseía en Extremadura entre su viuda y el Marqués de Camarena, como inmediato sucesor, fué protocolizada en 30 de Julio de 1881 ante el Notario de Sevilla D. Ildefonso Calderon, concurriendo á su otorgamiento el Marqués de Camarena, D. Miguel Gómez Quintero, como apoderado de la Condesa viuda de los Corvos, y los contadores y partidores nombrados por las partes:

Resultando que D. Miguel Gómez Quintero entabló demanda ante el Juzgado de Antequera en 14 de Marzo de 1883, en la que, ejercitando la acción personal que le asistía, pidió se declarase que la Condesa viuda de los Corvos y el Marqués de Ariño venían obligados á pagar por mitad al demandante, contador y partidor nombrado por los mismos de los bienes relictos por fallecimiento del Conde de los Corvos, la suma de 33.159 pesetas 15 céntimos, que le eran en deber por los conceptos que expresaba la cuenta detallada que acompañaba de los gastos de división de los vínculos, y en particular además la Condesa viuda de los Corvos la cantidad de 73.413 pesetas que adeudaba por los trabajos mencionados en dicha cuenta, referentes á la descripción de los bienes de la sociedad conyugal, y por el servicio especial y de índole reservadísimo de vital interés para la Condesa, como preliminar necesario para hacer la participación, con imposición de las costas, en la proporción debida, alegando que la competencia de aquel Juzgado para conocer de la demanda arrancaba de la naturaleza de la acción que se ejercitaba, que como personal le era aplicable la regla 1.ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil novísima, que preceptuaba que en los juicios en que se ejercitaran acciones personales sería Juez competente el del lugar donde debiera cumplirse la obligación, y á falta de éste el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, á elección del demandante: que D. Miguel Gómez entendía que el pago de la cuenta que reclamaba debía verificarse en el mismo punto donde habitase, hecho la partición y donde estaba protocolizada, como el en

que debía cumplirse la obligación; pero aun cuando así no fuera, amparándose en el texto legal citado, optaba por aquella localidad, que fué donde se otorgó el contrato base de las particiones y trabajos prestados, resultando en uno y otro caso que aquel Juzgado era el único competente para entender en el juicio que se promovía:

Resultando que conferido traslado de la demanda á la Condesa de Torrecuéllar y al Marqués de Ariño, emplazados respectivamente en la ciudad de Sevilla y en la villa de Osuna, acudieron al Juzgado del distrito del Salvador de aquella ciudad, al que correspondió en turno, para que requiriese de inhibición al Juzgado de Antequera, toda vez que, no habiéndose presentado documento alguno expresivo del lugar en que debiera cumplirse la obligación ó deuda que se suponía, el Juez competente era el del domicilio de la Condesa de Torrecuéllar ó del Marqués de Ariño; y que con su escrito acompañó testimonio de la partición de los bienes vinculados en Extremadura, certificado de ser la Condesa vecina de Sevilla y un recibo de 35.000 reales firmado en Sevilla por D. Miguel Gómez Quintero por cuenta de los trabajos que tenía hechos por su parte en las divisiones de bienes vinculados y libres, cuya cantidad aplicó en la demanda á la división del caudal de Extremadura:

Resultando que oído el representante del Ministerio fiscal, que apoyó el requerimiento de inhibición pretendido, el Juez lo acordó así declarándose competente para conocer de la demanda, porque no expresándose en el convenio que servía de fundamento á la demanda el lugar en que debían cumplirse las obligaciones que por él hubieran contraído los demandados, correspondía conocer de ella al Juez del domicilio de cualquiera de aquéllos si la cantidad que se reclamaba era debida mancomunada ó solidariamente, y en todo caso al del domicilio de la demandada en cuanto á la petición de la suma que se decía deber aquélla por sí sola: que dicho convenio, aunque redactado en Antequera, sólo adquirió su carácter y validez según la cláusula 13 en Sevilla, donde se perfeccionó por la aprobación de los demandados; y en tal concepto, aunque el demandante eligiera como Juez competente el del lugar del contrato, resultaría ser el mismo del domicilio de la demandada en que aquéllos se obligaron: que aun suponiendo el lugar del contrato Antequera, tampoco era competente el Juez de este punto para conocer de la demanda, pues sería necesario que la citación y emplazamiento de los demandados se hubiese verificado en aquella localidad; y no como se había hecho en sus respectivos domicilios: que los servicios cuyo pago reclamaba el demandante no eran de los que la ley disponía que hubieran de cumplirse necesariamente en lugar determinado, aunque no se pactara expresamente, y en tal concepto no podía admitirse la obligación de que debieran ser pagados en el mismo punto de ejecución de los trabajos: que recibida por el demandante en el domicilio del demandado una suma como parte de pago de la obligación reclamada, había venido á reconocer tácitamente dicho domicilio como lugar en que debiera cumplirse en todo caso el convenio, pudiendo y debiendo considerársele por este hecho sometido á la jurisdicción de aquella ciudad, según la jurisprudencia establecida por este Supremo Tribunal; y que no habiéndose pactado donde debía cumplirse la obligación de que se trata, siendo aquella ciudad lugar del contrato y domicilio de la demandada, y habiéndole reconocido tácitamente el demandante como lugar en que debiera cumplirse el convenio, era evidente que el Juez de Antequera carecía de competencia para conocer

de la demanda sin la sumisión expresa ó tácita de los demandados:

Resultando que el Juez de Antequera, oídos el demandante y el Ministerio fiscal, no dió lugar á la inhibición, declarándose competente, porque el texto del párrafo segundo de la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, referente al caso en que se dirija la demanda contra dos ó más personas que residan en pueblos diferentes, no excluye la doctrina del párrafo primero, según el cual es competente en primer término, para conocimiento de los juicios en que se ejerciten acciones personales, el Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, que según jurisprudencia de este Supremo Tribunal, debe estimarse para ello aquél que los contratantes designen expresa ó implícitamente en el caso de que se trata, atendida la naturaleza y condiciones de la obligación, debía entenderse que la voluntad de aquéllos fué que se cumplieran en Antequera las que contrajeron en el convenio de 1º de Octubre de 1880, puesto que allí se habían de ejecutar y se habían ejecutado los trabajos cuyo pago reclamaba el demandante: que si bien se ejercitaban simultáneamente acciones distintas, fundadas en distintos título y causa de pedir contra dos individuos, el hecho era que los servicios objeto de la reclamación se prestaron por el demandante en Antequera, y por la tácita en ella debía recibir el precio de los mismos que aun prescindiendo de esto, la declaración que los demandados hicieron en la escritura de división otorgada ante D. Miguel Gómez de que quedaban sometidos al fuero de aquella ciudad para el cumplimiento de cuanto ocurriera en lo sucesivo, si bien pudiera decirse que fué sólo para las partes contratantes, no podia racionalmente dejar de entenderse comprendida en ella la petición del demandante, porque los trabajos particionales habían sido hechos por él, y porque no se estableció excepción alguna; y que apareciendo que D. Miguel Gómez prestó servicios en la partición de los bienes de Extremadura, por más que fuera ejecutada por otras personas distintas, y que el recibo que libró en Sevilla á favor de la Condesa por 35.000 rs. por cuenta de los trabajos había podido aplicarse sólo á la partición de Extremadura, era por tanto inaplicable la doctrina de que el lugar donde debía pedirse el cumplimiento de una obligación era aquél en que había empezado á cumplirse:

Resultando que el Juez de Sevilla insistió en la inhibición, y que en su virtud uno y otro han elevado las actuaciones á este Supremo Tribunal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que según el art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil y su regla 1ª, fuera de los casos de sumisión de que tratan los artículos anteriores, es Juez competente en los juicios en que se ejercitan acciones personales el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y que conforme á la jurisprudencia establecida, la designación de este lugar no sólo se hace expresamente, sino de una manera tácita cuando la obligación lleva en sí la condición implícita del lugar en que ha de ser cumplida:

Considerando que con arreglo á esta ley y doctrina y en mérito á las presentes actuaciones, la ciudad de Antequera es el lugar del cumplimiento de la obligación personal que se demanda por ser una condición implícita de la obligación contraída, debiendo estimarse así porque allí venía prestando sus servicios el Notario D. Miguel Gómez Quintero al nombrarle los hoy demandados contador y partidor de los

bienes divisibles, y que en tal concepto de Notario, y no en el de apoderado general de la casa de la demandada, es como debía atribuírsele los conocimientos especiales necesarios para desempeñar los trabajos particionales que se le encomendaron:

Considerando que si bien por no haberse hecho la citación y emplazamiento en Anteqnera no es aplicable al caso la regla del lugar del contrato en aquella ciudad, como quiera que ella sea el lugar de la estipulación de 1° de Octubre del 80, no obstante haberse ratificado en Sevilla, esto no puede menos de confirmar que Antequera es el lugar implícitamente designado para el cumplimiento de la obligación impuesta allí por personas de otros domicilios al Gómez Quintero, que allí también la aceptó:

Considerando que habiendo éste prestado dichos trabajos, ó por lo menos los más principales en Antequera, y ortogádose ante el mismo la escritura de división de bienes que protocoló en su Notaría, debe tenerse por lugar del cumplimiento de la obligación el de aquella ciudad con doble razón si se atiende á que en ella debía verificarse como es de costumbre la entrega de las hijuelas particionales, que es el término de la obligación contraída por el Notario; y que por lo tanto debe entenderse que en aquel lugar que devengó debe serle satisfecho lo devengado:

Considerando que la doctrina de que en el lugar donde principia á cumplirse una obligación debe realizarse su perfecto cumplimiento no es más que una fundada inteligencia del lugar donde debe cumplirse, pero que no excluye otra más clara inteligencia, sino que cede á la que se funda en datos que designen dicho lugar con mayor precisión, como lo designan los antes considerados:

Considerando que bajo tal supuesto, y aunque la cantidad que Gómez Quintero recibió á cuenta en Sevilla debiera aplicarse á satisfacer la obligación cuyo cumplimiento demanda, y no á la que él intenta aplicarla, no puede aducirse con éxito que el hecho de haberse realizado en Sevilla parte del pago es un principio de cumplimiento de la obligación de satisfacerlo que deba tener allí su término perfecto; y que además esto implicaría una sumisión tácita de Gómez Quintero al Juzgado de Sevilla, la cual, estando fuera de los casos expresos en la ley, no puede tampoco presumirse por nacer de un acto que deja lugar á grave duda acerca de cuál sea la voluntad del demandante á someterse al domicilio de la demandada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda deducida en estos autos por D. Miguel Gómez Quintero corresponde al Juez de primera instancia de Antequera, á quien se remitan todas las actuaciones á los efectos de derecho; y póngase la presente resolución en conocimiento del de igual clase del distrito del Salvador de Sevilla, siendo de cuenta respectiva de las partes las costas ocasionadas en este Supremo Tribunal.—(Sentencia publicada el 9 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 20 del mismo mes y año.)

320

Recurso de casación en la forma (10 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—Pago de cantidad.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco del Río con Doña Rita Moreno y otra (Audiencia de las Palmas), y se resuelve:

1° *Que con arreglo al art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, caso 3°, podrá otorgarse el recibimiento á prueba en la segunda instancia cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia;*

Y 2° Que si en el pleito se ha ejercitado la acción real hipotecaria para hacer efectivo el crédito en la finca hipotecada que posee el demandado; acreditada que ha sido la insolvencia del deudor principal, no es de influencia en su decisión la expresada prueba solicitada que no se dirige á justificar la ineficacia ó caducidad de la hipoteca; y por su denegación no se incurre en el quebrantamiento de forma antes expresado.

En la villa y corte de Madrid, á 10 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Las Palmas de Gran Canaria y en la Sala de justicia de la Audiencia de su territorio por Doña Rita Moreno y Campos y Doña María Agreda Moreno con D. Francisco del Río y León, propietario, vecinas ambas partes de dicha ciudad de Las Palmas, sobre pago de cantidad; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por el demandado D. Francisco del Río, á quien ha defendido y representado el Licenciado D. Francisco Silvela y el Procurador D. José Arana y Morayta, habiendo llevado la defensa y representación de la parte recurrida el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. Daniel Doze:

Resultando que por escritura de 18 de Febrero de 1845 el Doctor D. Antonio López Botas se obligó á pagar á D. Vicente Agreda 1.000 pesos corrientes que le había prestado sin premio ni interés en el término de seis años, que empezaban á correr desde aquella fecha, hipotecando á la seguridad de la deuda un cercado situado junto á la portada de Triana de aquella ciudad de Las Palmas, esquina al paseo de San Lázaro, que le correspondía por herencia de su difunto padre, habiéndose tomado razón de esta escritura en la Contaduría de hipotecas:

Resultando que Doña Rita Moreno de Agreda y Doña Milagros Agreda y Moreno, viuda é hija del acreedor D. Vicente de Agreda, entablaron demanda en 5 de Agosto de 1878, que dirigían contra D. Antonio López Botas y contra D. Francisco del Río y León, dueño por título singular de compraventa de la finca hipotecada para el pago de 9.000 rs., resto del indicado crédito, con las costas, para lo cual ejercitaban la acción mixta de real y personal, reservándose utilizar la que competiera al objeto de obtener el pago de los intereses convenidos vencidos y no satisfechos, pidiendo que se condenase á D. Antonio López Botas al pago de la indicada suma y costas, y que si no lo hiciese,

se verificara con el producto de la finca hipotecada que poseía D. Francisco del Río y León, para lo cual se embargase y vendiese:

Resultando que D. Antonio López Botas impugnó la demanda fundado en nuevos convenios celebrados con el acreedor; y D. Francisco del Río y León la impugnó también por no haber llegado aún la ocasión de dirigirse contra él como tercer poseedor de la finca hipotecada:

Resultando que sustanciado el juicio por todos sus trámites, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 19 de Julio de 1880, que fué consentida por las partes, condenando á D. Antonio López Botas al pago, dentro del término de tercero día, de la cantidad demandada, absolviendo de la demanda á D. Francisco del Río y León, porque hasta que no quedase acreditada en forma legal la insolvencia del deudor López Botas, no podía, con arreglo á lo dispuesto en la ley 14, tít. 13 de la Partida 5ª, que no había sido modificada, procederse contra el que resultase ser tenedor de la cosa empeñada:

Resultando que requerido de pago López Botas, contestó que no poseía bienes ni metálico de ninguna clase, siendo muy poco lo que por honorarios como Letrado devengaba, habiéndose puesto testimonio de hallarse embargados á instancia de D. Ricardo Alvarez y Torres:

Resultando que requerido D. Francisco del Río, á instancia de los demandantes, para que manifestara si estaba dispuesto á pagar antes de entrar en un nuevo litigio, contestó que estaba absuelto de la demanda y que tenía perfecto derecho á que no se le obligara á figurar en ningún sentido sobre cumplimiento del fallo condenatorio:

Resultando que en su virtud Doña Rita Moreno y Doña Milagros Agreda dedujeron en 22 de Junio de 1881 la demanda objeto de este juicio, para que mediante á la insolvencia de D. Antonio López Botas se le condenase al pago de los 9.000 reales, resto de la deuda principal de 371 pesetas y 75 céntimos, importe de las costas causadas en la ejecución de la sentencia recaída en el pleito anterior y los intereses legales de ambas sumas con las costas, cuyas responsabilidades se harían efectivas en la finca hipotecada:

Resultando que D. Francisco del Río y León impugnó la demanda oponiendo la excepción de cosa juzgada, y alegando además que no estaba obligado á pagar mientras no constase justificada la insolvencia de López Botas, justificación que no se había verificado:

Resultando que recibido el pleito á prueba y suministrada por una y otra parte, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 11 de Febrero de 1882, condenando á D. Francisco del Río á pagar á los demandantes Doña Rita Moreno y Doña Milagros Agreda 9.000 rs. vn. en el término de 10 días, resto de la deuda contraida por D. Antonio López Botas, y al de 371 pesetas 75 céntimos como costas causadas en la ejecución de la sentencia recaída en el pleito que dichos demandantes promovieron contra López Botas, y D. Francisco del Río, al de los intereses de ambas sumas al 6 por 100 desde el día en que se interpuso la demanda y al pago de las costas de este pleito, cuyas responsabilidades deberían hacerse efectivas en la finca hipotecada al efecto por D. Antonio López Botas en escritura de 17 de Febrero de 1845, estableciendo como principal fundamento del fallo que D. Antonio López Botas era insolvente:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia de Las Palmas por virtud de la apelación que D. Francisco del Río interpuso al instruirse de ellos, solicitó que se recibiera el incidente á prueba para jus

tificar el hecho nuevo ocurrido con posterioridad al término de aquélla en primera instancia de haber sido nombrado D. Antonio López Botas Fiscal del Tribunal de Cuentas de la isla de Cuba, donde se hallaba desempeñándolo, y cuyo hecho era de influencia en el pleito, puesto que el extremo de si aquél era insolvente había sido objeto de la demanda, de las excepciones y de la prueba, proponiendo como única que se dirigiera oficio al Tribunal de Cuentas de aquella isla para que se remitiera certificación del Real decreto de nombramiento, toma de posesión y de continuar desempeñándolo, otorgándose para ello el término extraordinario:

Resultando que las demandantes al instruirse de los autos impugnaron esta pretensión, ya porque la justificación del hecho podia encontrarse en las *Gacetas oficiales* del Gobierno, ya porque no era de influencia en el juicio puesto que cuando se entabló la demanda no tenia López Botas tal destino, y no existía ley alguna que obligase á las demandantes, que contaban con una hipoteca á su favor, á perseguir bienes futuros y esperanzas y sueldos que sólo podían intervenirse en una porción determinada:

Resultando que la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas declaró por auto de 20 de Setiembre de 1882 no haber lugar al recibimiento á prueba que se solicitaba, y suplicada por D. Francisco del Río fué desestimada la súplica y confirmado aquél por otro de 4 de Octubre:

Resultando que continuada la sustanciación de los autos, dictó sentencia la Sala susodicha en 21 de Noviembre de 1882 confirmando con las costas la sentencia apelada:

Resultando que acreditado el depósito de 500 pesetas, interpuso Don Francisco del Río recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fundó en el caso 3° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil por haber sido negada la prueba propuesta en la segunda instancia sin embargo de ser procedente; y por un otrosí protestó interponer en su caso y lugar el recurso de casación por infracción de ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que con arreglo al art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil, caso 3°, podrá otorgarse el recibimiento á prueba en la segunda instancia cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia:

Considerando que en el pleito se ejercita la acción real hipotecaria para hacer efectivo el indicado crédito en la finca hipotecada que posee D. Francisco del Río y León, acreditada que ha sido la insolvencia del deudor principal D. Antonio López Botas; y que en su virtud no es de influencia en su decisión la expresada prueba solicitada por el recurrente, que no se dirige á justificar la ineficacia ó caducidad de la hipoteca;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Francisco del Río y León, á quien condenamos al pago de las costas y pérdida del depósito de 500 pesetas que ha constituido, que se distribuirán con arreglo á la ley; y entréguense los autos á la parte recurrente para que en el término preciso de 20 días formalice el recurso de casación que tiene preparado respecto al fondo.—(Sentencia publicada el 10 de Noviemdre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 17 de Enero de 1884.)

321

Recurso de casación en asunto de Ultramar (12 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Defensa por pobre.—No ha lugar al interpuesto por D. Félix González Salas con D. Bernardo García (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que no es atendible el motivo de casación fundado en la infracción del art. 182 de la ley de Enjuiciamiento civil, si no tiene más fundamento que el criterio del recurrente sobre el resultado de las pruebas, desconociendo que á la Sala sentenciadora compete determinarlo y que contra su apreciación no puede irse sin demostrar que al hacerlo ha infringido ley ó doctrina legal;*

Y 2° Que la locución que emplea la Sala sentenciadora relativa á no haber probado el demandante haber llegado al estado de pobreza, y por consiguiente sin lugar á la defensa que como pobre solicitaba, responde al principio de que todo litigante se considera rico mientras no pruebe lo contrario, y no existe por tanto incongruencia en lo pedido y juzgado, ni infracción de la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, y art. 191 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Belén de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia del mismo territorio por D. Félix González Salas con D. Bernardo García y el Ministerio fiscal sobre defensa por pobre; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de González Salas por el Procurador D. Daniel Doze, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel Pedregal y Cañedo:

Resultando que deducida demanda por D. Bernardo García Pasal contra D. Félix González Salas sobre rendición de cuentas, éste promovió incidente para que se le defendiera en concepto de pobre, fundado en que carecía de toda clase de bienes y rentas, viviendo del producto de su trabajo personal como dependiente de comercio con un sueldo que no alcanza al doble jornal de un bracero en la ciudad de la Habana:

Resultando que formada pieza separada y conferido traslado á Don Bernardo García, le evacuó oponiéndose á la pretensión deducida por González Salas, y expuso al efecto que cuando fué citado á conciliación por el García era dueño absoluto del establecimiento de ropas titulado la Perla de Cuba, el cual vendió posteriormente al día del juicio á un hermano; que sin embargo, después de ello había procedido como dueño comprando en los almacenes ropas para dicho establecimiento; que usaba siempre reloj y leontina de oro, sortijas de brillantes: siendo reputado por todo el vecindario como un hombre rico y dueño del mencionado establecimiento que valía más de 20.000 pesos, por lo que González Salas no estaba comprendido en ninguno de los casos de los artículos 182 y 184 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que después de oído el Promotor fiscal se recibió el incidente á prueba, y practicadas las que las partes propusieron por medio de posiciones, documentos y testigos, el Juez de primera instancia

dictó sentencia, de la que interpuso apelación D. Bernardo García; y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia, por la que pronunció en 6 de Diciembre de 1882, revocando la apelada, declaró que D. Félix González Salas no ha probado haber llegado á estado de pobreza, y por consiguiente sin lugar á la defensa que como pobre solicitaba, condenándole al reintegro del papel que ha usado y en las costas del incidente:

Resultando que D. Félix González Salas interpuso recurso de casación por conceptuar infringidos:

1° El art. 182, caso 2° de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que resulta que el recurrente vive de su salario, que no excede del doble jornal de un bracero en la Habana, y sin embargo le deniega el beneficio de pobreza para litigar:

2° La ley 16, tít. 2°, Partida 3ª, según el cual «non debe valer el juicio que da el juzgador sobre una cosa que non fué demandada ante él,» porque se declara que el recurrente no justificó haber llegado á estado de pobreza y no fueron estos los términos en que la contienda se planteó, sino que desde el principio solicitó audiencia por pobre y hasta que haya justificado, como probó, que está comprendido en el caso 2° del art. 182 y resultaba igualmente infringido el art. 191 de la referida ley:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que no es atendible el primer motivo, puesto que no tiene más fundamento que el criterio del recurrente sobre el resultado de las pruebas, desconociendo que á la Sala sentenciadora compete determinarlo y que contra su apreciación no puede irse sin demostrar que al hacerlo ha infringido ley ó doctrina legal:

Considerando que la sentencia no infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, y el art. 191 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, citados en el segundo motivo, porque la locución que emplea la Sala sentenciadora para declarar que el recurrente no ha justificado hallarse en la clase de pobre responde al principio de que todo litigante se considera rico mientras no pruebe lo contrario, y no existe por tanto incongruencia en lo pedido y lo juzgado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Félix González Salas, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de la Habana, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 12 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Enero de 1884.)

322

Recurso de casación en asunto de Ultramar (12 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—Pago de cantidad.—No se admite el interpuesto por D. Félix Fenú con D. Darío González de la Peña (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que según se dispone en el caso 3° del art. 44, en relación con lo prevenido en el núm. 1°, art 5° de la ley de casación y revisión para las provincias de Cuba y Puerto Rico, no habrá lugar á la admisión*

del recurso de casación cuando la sentencia recurrida no tenga el concepto de definitiva, cuyo concepto revisten las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación;

Y 2º Que no tiene carácter de sentencia definitiva el auto que resuelve en conformidad á lo declarado anteriormente quién es el verdadero demandado, pues lejos de poner término al pleito, permite que siga sustanciándose en ambas instancia hasta que recaiga sentencia definitiva.

Resultando que deducida demanda en el Juzgado de primera instancia del distrito de Belén de la ciudad de la Habana por D. Darío González de la Peña contra D. Fructuoso Romaguera, como apoderado general de D. Félix Feliú sobre cobro de pesos, después de haber duplicado el Romaguera se presentó el Procurador D. Pascual Rodríguez con poder de D. Félix Feliú, que le fué otorgado por D. José Feliú, con el carácter de apoderado general de dicho D. Félix, su hermano, pretendiendo que se le tuviera por parte á nombre del D. Félix y que se le comunicara traslado de la demanda para contestarla, á fin de que se sustanciara con la debida audiencia é instrucción de su parte, contra la cual realmente se había interpuesto:

Resultando que por auto de 16 de Mayo de 1882 se hubo por parte al Procurador Rodríguez en nombre de D. Félix Feliú, mandando se entendieran con él las sucesivas diligencias ó trámites ulteriores del juicio y que cesara la representación de D. Fructuoso Romaguera; y por otro proveído de 22 del mismo mes se dejó sin efecto el del 16, declarando que el demandado no podía ser otro que el Romaguera, y que se devolvieran al Procurador Rodríguez los escritos presentados: que admitida la apelación que el procurador Rodríguez interpuso á nombre de D. Félix Feliú, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, por sentencia de 6 de Marzo último, declaró repuesto y sin efecto el auto de 16 de Mayo del año anterior, declarando igualmente no haber lugar á tener por parte al Procurador D. Pascual Rodríguez á nombre de D. Félix Feliú, confirmando en lo conforme, y en lo que no revocando el auto apelado de 22 de Mayo referido:

Resultando que por parte de D. Félix Feliú se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por conceptuar haberlo sido varias disposiciones legales que citó; y oído el Sr. Fiscal, se opuso á la admisión del recurso:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Prida:

Considerando que según se dispone en el caso 3º del art. 44, en relación con lo prevenido en el núm. 1º, art. 5º de la ley de casación y revisión para las provincias de Cuba y Puerto Rico, no habrá lugar á la admisión del recurso de casación cuando la sentencia recurrida no tenga el concepto de definitiva, cuyo concepto revisten las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que no tiene el carácter de sentencia definitiva el auto recurrido, puesto que al resolver ésta en conformidad á lo declarado anteriormente en el pleito que el demandado sea Romaguera como apoderado de Feliú, y no el hermano de éste que con el propio carácter pretende serlo, lejos de poner término á dicho pleito, permite que siga sustanciándose en ambas instancias hasta que recaiga sentencia definitiva;

No há lugar con las costas á la admisión del recurso de casación por

infracción de ley interpuesto á nombre de D. Félix Felid: comuníquese este auto á la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en la forma acostumbrada; y publíquese en la *Gaceta de Madrid* y en la oficial de aquella ciudad, insertándose á su tiempo en la *Colección legislativa*, para lo que se pasen las oportunas copias.—(Sentencia publicada el 12 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

323

Recurso de casación (13 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera*.—NULIDAD DE CONTRATOS Y DIMISIÓN DE FINCAS.—Ha lugar al interpuesto por Doña Josefa Bassa y Pedrals con D. Tomás Nualart y otros (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que si las palabras de la cláusula del testamento revelan claramente el propósito del testador de constituir un fideicomiso familiar temporal que se reconoció en dos sentencias firmes; no es obstáculo para estimar establecida dicha institución fideicomisaria la circunstancia de que no se prohibiese expresamente enajenar los bienes, porque en la legislación especial de Cataluña no hay precepto terminante que exija se consigne tal prohibición, y porque sin la obligación necesaria é ineludible de conservar los bienes no podría cumplirse la voluntad del testador de que á la muerte de su hijo pasasen aquéllos á sus nietos por el orden con que los llamaba hasta la cuarta generación:*

2° *Que si bien con arreglo al Usatge* Omnes causæ, *tít.* 2°, *libro* 7°, *volumen* 1° *de las Constituciones de Cataluña, y á la jurisprudencia sentada, de acuerdo con él por el Tribunal Supremo, las acciones prescriben á los* 30 *años, sin distinción de que sea buena ó sea mala la razón, causa ó motivo de la posesión; esta doctrina no es aplicable al caso, no sólo por el carácter de no enajenables que temporalmente tenían los bienes, y que mientras lo conservasen los hacía imprescriptibles, sino porque la prescripción no puede alegarse contra la persona cuyo derecho no ha nacido ó que está impedida de ejecutarlo:*

Y 3° *Que por lo tanto la sentencia al absolver de la demanda fundándose en la no existencia del fideicomiso y en la prescripción, infringe la Novela* 159 *de Justiniano vigente en Cataluña, la doctrina legal admitida por los Tribunales de que la voluntad del testador es la primera ley en materia de testamentos, de acuerdo con lo que ordena la ley* 5ª, *tít.* 33, *Partida* 7ª *y el principio de derecho* contra non valentem agere, non currit præscriptio.

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Granollers y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Doña Josefá Bassa y Pedrals consorte de D. Enrique Riera y Bouxó, propietarios vecinos de la Garriga, con D. Tomás Nualart y Bosch de Nualart, Don Joaquín Posant y Argemir, semolero, D. José Salvany y Cot, labrador, D. Salvador Miguel y Viver, labrador, Doña María Rovira de Fradera, D. Andrés Mateu y Seguí, propietario, D. Segismundo Blanchart y Gotanegra, labrador, D. Buenaventura Gotanegra y Plá, labrador, vecinos todos de la Garriga, y D. José Ginés y Viver, labrador y vecino de la Ametlla, sobre nulidad y rescisión de varios contratos y dimisión

de finca; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de Doña Josefa Bassa por el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Licenciado Don Enrique Roger; sostenido después por el Licenciado D. Cristino Martos habiendo representado y defendido á D. Tomás Nualart y litis socios el Procurador D. Patricio García Alcañiz y el Doctor D. Enrique García Alonso:

Resultando que en 18 de Enero de 1759 D. Esteban Illa y Angelet otorgó testamento bajo del que falleció en 25 del mismo mes, y que fué inscrito en el Registro de la propiedad de Granollers el 15 de Diciembre de 1865, estableciendo, entre otras cláusulas, la siguiente: «Todos los demás bienes míos muebles é inmuebles, habidos y por haber, voces, derechos, acciones mías en cualquier parte del mundo que estén y á mí pertenezcan y portenecer puedan ahora y en lo sucesivo por cualquier causa ó razones, dejo y otorgo, y á mi heredero universal hago é instituyo á Esteban Illa, otro hijo mío, hijo primogénito y de dicha Margarita Comuns, y por muerte de él á sus hijos é hijas no todos juntos, sino el uno después del otro hasta la cuarta generación, queriendo que precedan los varones á las hembras, y los mayores á los menores, guardando entre ellos orden de primogenitura. Y si dicho Esteban Illa, mi hijo, no quisiese ó no pudiese, pero fuese mi heredero, pero muriese en cualquiera ocasión sin hijos ni hijas de carnal matrimonio procreados, ó no llegare él ó sus hijos á la edad perfecta de hacer testamento, en este sustituyo, y heredero mío universal hago á Jaime, otro hijo mío, del mismo modo que tengo dicho de Esteban; y si dicho Jaime, mi hijo, muere sin hijos, sustituyo á María, hija mía, del mismo modo que tengo dispuesto del Jaime, y si dicha María, mi hija, muere sin hijos, á ella sustituyo á Rosa, mi otra hija, del mismo modo que tengo dicho de María:»

Resultando que fallecido el testador, como se ha dicho, á los pocos días de haber otorgado el anterior testamento, se hizo inventario en 13 de Enero de 1769, en el que estaba comprendido el Manso Illa, cuyo inventario, de conformidad con la Real pragmática de 1768, se tomó razón en la ciudad de Mataró en el Oficio de Hipotecas el 27 de dicho mes de Enero:

Resultando que D. Esteban Illa Ponsich, hijo primogénito de aquel testador, por su testamento de 16 de Setiembre de 1831 instituyó por heredera universal á su hija Rosa Illa y Busquet; que casada ésta con Juan Bassa de la Val y Viver, otorgaron capitulaciones matrimoniales en 8 de Febrero de 1832, por las que con motivo del matrimonio de su hijo Esteban Bassa é Illa con Margarita Pedrals y Olivera, hicieron donación y heredamiento universal de todos sus bienes en favor de dicho Esteban, capitulaciones registradas en el Oficio de Granollers el 25 de Febrero de 1832; que de este matrimonio nació en 1834 Josefa Bassa y Pedrals, la que casó con Enrique Riera y Buxó, estipulándose en las capitulaciones otorgadas por contemplación de este casamiento en 27 de Julio de 1853, donación y heredamiento entre vivos de los bienes presentes y futuros de los padres de la Josefa en favor de ésta; y á título de esta donación se inscribió en el Registro de la propiedad en 1° de Junio de 1864 la casa de campo denominada Manso Illa, con todas sus dependencias y tierras á ella unidas:

Resultando que Rosa Illa y su hijo Esteban Bassa hicieron enajenaciones á carta de gracia de terrenos y censos de pertenencia del Manso Illa á

Joaquín Pagán en 5 de Agosto de 1849, á Esteban Galvany y Gurri en 7 de Diciembre de 1849, á Pablo Galvany en 18 de Noviembre de 1851 y en 24 de Octubre de 1852 á Jaime Rovira, en 20 de Setiembre de 1852 á D. Juan Viver, en 18 de Noviembre de 1851 á Ginés Viver, en 14 de Noviembre de 1851 á Esteban Nualart, en 26 de Febrero de 1830 adicionada en 31 de Enero de 1843, y en 24 de Marzo de 1844 y en 31 de Marzo de 1846, á Andrés Matéu en 29 de Noviembre de 1843, á José Aciselo Soler en 5 de Marzo de 1818, á Segismundo y Simón Blanchart en 26 de Enero y 26 de Febrero de 1839; además firmaron concesiones enfitéuticas en favor de Ramón Gotanegra, Jaime Rovira, Simón Blanchart y Esteban Nualart en 3 de Octubre de 1839, 15 de Setiembre de 1852, 27 de Enero de 1843 y 9 de Junio de 1838, siendo todos dichos contratos respectivamente registrados en el Oficio de Hipotecas en el mismo año de su otorgamiento:

Resultando que en el Juzgado de primera instancia de Granollers se promovieron autos por Doña Rita y D. Pedro Pedrals en calidad de abuela materna y tío de la impúber Josefa Bassa y Pedrals contra Rosa Bassa é Illa para que se declarase á dicha impúber llamada á la sucesión del patrimonio de Illa después de su padre y abuela paterna Esteban Bassa y Rosa é Illa en virtud de la sustitución fideicomisaria ordenada por su tercer abuelo en su testamento de 18 de Enero de 1759, y por sentencia de 28 de Julio de 1840 se declaró que la Josefa Bassa estaba comprendida en la indicada sustitución fideicomisaria, no se accedió al secuestro general de los bienes del patrimonio Illa, pero sí á ratificar el nombramiento de interventor en su administración hecho á D. Pedro Pedrals; que en otros autos promovidos por José Molins y Francisco Carberá en 28 de Octubre de 1871 contra Enrique Riera y Josefa Bassa sobre pago de ciertos derechos legitimarios fueron absueltos los demandados, consignándose en uno de sus considerandos que el Manso Illa no podía dividirse á la muerte de Rosa Illa, sino que lo llevó íntegro su hijo Esteban Bassa con el mismo gravamen de restitución que lo había recibido para el caso de su muerte en favor de su hija primogénita Josefa Bassa y Pedrals:

Resultando que en 2 de Agosto de 1879 dedujo demanda Doña Josefa Bassa, consorte de D. Enrique Riera, fundada en ser la heredera última sucesora libre en el fideicomiso creado por Esteban Illa y Angelet en su testamento de 18 de Enero de 1759, y solicitó contra Joaquín Pasant, José Galvany, Salvadora Miguel, María Rovira, Rosa Bosch y su hijo Tomás Nualart, como usufructuario y heredero respectivo de su antecesor Esteban Nualart, Andrés Matéu, Segismundo Blanchart, Buenaventura Gotanegra y Ginés Gisbán, que se declarasen nulos y sin efecto ó rescindidos los contratos que á favor de los mismos ó sus causantes les firmaron Rosa Illa y Esteban Bassa de fincas y derechos reales de pertenencias del Manso Illa, y se les condenase á admitirlos y entregarlos á Josefa Bassa, con los frutos percibidos y podidos percibir desde el fallecimiento de Esteban Bassa, cancelándose las inscripciones actuales en el Registro de la propiedad para que pudieran tener efecto á favor de la demandante, con las costas; al efecto expuso, después de hacer mérito del testamento otorgado por Esteban Illa y Angelet, que la cláusula de institución era la manifestación terminante del testador de que su herencia hiciera tránsito por orden de primogenitura y con preferencia de los varones á las hembras hasta la cuarta generación; que terminó en Doña Josefa Bassa, como hija única, procreada del ma-

trimonio de Esteban Bassa con Margarita Pedrals; que á dicho Esteban Illa y Angelet sucedió su primogénito Esteban Illa y Ponsich, que casó con Margarita Busquet, y falleció en 17 de Octubre de 1832; que á ésta sucedió su hija Rosa Illa y Bosquet, que casó con Juan Bassa, la que falleció en 28 de Noviembre de 1844; que á ésta sucedió su primogénito Esteban Bassa é Illa, que enlazó con Margarita Pedrals, y falleció en 26 de Octubre de 1873, y á Esteban Bassa sucedió su hija única Josefa Bassa y Pedrels, última llamada al fideicomiso, por su tatarabuelo Esteban Illa y Angelet, declarado en los pleitos seguidos, uno á instancia de D. Pedro y Doña Rita Pedrals contra Rosa Illa y Esteban Bassa, y otro por los consortes José Molins y Francisca Carberá contra el mismo Esteban Bassa y su hija Josefa; que Esteban Bassa, padre de la demandante, como á heredero fiduciario, debía restituir íntegra la herencia que constituía el fideicomiso fundado por Esteban Illa Angelet, á favor de la última fideicomisaria, la demandante, debiendo ser declarados nulos los contratos celebrados en menoscabo de la misma por Rosa Illa y Esteban Bassa é Illa, y que los demandados poseían los bienes, objeto de dichos contratos, que procedían de terrenos y censos de pertenencia del Manso Illa, constituyendo éste con sus anejos la heredad relicta por Esteban Illa y Angelet:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Esteban Nuaart y Bosch y demás demandados le evacuaron bajo sola dirección, pretendiendo se les absolviera de ella en todas sus partes; y para el caso de no estimarse así, se condenase á la actora por vía de reconvención, en cuanto menester fuera, á que en concepto de donataria universal de su padre Esteban Bassa, y por consiguiente, como eviccionante, devolviese á los demandados que resultasen vencidos cuanto los causantes ó antecesores de dicha Josefa Bassa hubiesen recibido por las respectivas enajenaciones objeto de la demanda, á que indemnizara á los respectivos demandados los perjuicios, y al reintegro de las mejoras hechas previo el correspondiente juicio de liquidación; para ello expusieron que la cláusula hereditaria del testamento de Esteban Illa Angelet contenía dos partes: que la primera no envolvía una sustitución fideicomisaria, sino una sustitución vulgar, pues la expresión *y por muerte de*, equivalía al *si hœres non erit*, condición propia de toda sustitución vulgar, toda vez que desde el momento que no existe una fórmula propia para la expresión de la sustitución vulgar, ésta puede ordenarse en distintas palabras; que Esteban Illa, heredero instituído por su padre aceptó la herencia, fué heredero, caducando por consiguiente la sustitución vulgar que la expresión *y por muerte de él* envolvía; que la segunda parte de dicha cláusula corroboraba la sustitución vulgar que envolvía la primera, y era inaplicable al presente caso por cuanto Esteban Illa, que fué heredero, llegó á la edad de testar y murió con hijos de legítimo matrimonio, que llegaron á la edad perfecta de hacer testamento; que en la expresión usada por el testador *cuando quiera que*, envolvía una sustitución compendiosa, y por consiguiente la fideicomisaria para el caso de que el heredero, aceptando la herencia, falleciese antes de la pubertad, ó en cualquier tiempo sin hijos, ó con tales que no llegasen á la edad de testar; que el testamento de Esteban Illa y Angelet, fundamento de la demanda, se inscribió en el Registro de la propiedad en 15 de Diciembre de 1865, no estando por consiguiente inscrito al tiempo de otorgarse las ventas á carta de gracia y los establecimientos de que se trata, que lo fueron oportunamente;

que en el supuesto de que la sustitución fuera fideicomisaria y de que el testamento de Esteban Illa y Angelet estuviese inscrito en el Registro de la propiedad al tiempo de las ventas y establecimientos de que se trata, y los demandados no fueran terceros poseedores, no procedería la nulidad de las ventas y establecimientos referentes á algunos de los demandados por haber trascurrido más de 30 años desde el otorgamiento de tales contratos, habiendo por consiguiente prescrito la correspondiente acción; que en la hipótesis de que Esteban Bassa é Illa es donatario universal de sus padres Juan Bassa y Rosa Illa, y la actora Josefa Bassa y Margarita Pedrals de los suyos Esteban Bassa y Margarita Pedrals, resultaba que la actora, como eviccionante, estaría obligada á favor de los demandados á la devolución del precio de las ventas á carta de gracia y á la de la entrada de los establecimientos que fuesen declarados nulos, al abono de las mejoras abonables que se hubiesen hecho, y á la indemnización de todos los frutos percibidos y podidos percibir desde el día de la demanda por haber sido poseedores de buena fe:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones; que practicadas las pruebas propuestas per aquéllas, el Juez dictó sentencia, de la que interpusieron apelación los demandados, y sustanciada la segunda instancia la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, por sentencia de 11 de Noviembre de 1882, revocando la apelada, absolvió de la demanda interpuesta por Doña Josefa Bassa y Pedrals, consorte de D. Enrique Riera, á los demandados D. Tomás Nualart y Bosch, Don José Galba y Cot, D. Salvador Miguel y Viver, Doña María Rovira de Fradera, D. Andrés Matéu, D. Segismundo Blanchart, D. Buenaventura Gotanegra y Plá y D. José Ginés Viver, sin hacer especial condena de costas:

Resultando que Doña Josefa Bassa y Pedrals interpuso recurso de casación por conceptuar infringidos:

1º La ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, que establece «que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente así como ellas suenan, é non debe el juzgador partir del entendimento dellas, fueras ende cuando pareciera ciertamente que la voluntad del testador fuera otra, que non como suenan las palabras que están escritas:»

2º La jurisprudencia repetidamente sentada por este Tribunal Supremo en diversos fallos en completa conformidad con la ley antes citada, entre ellos el de 30 de Setiembre de 1850, que fué el primero que sentó la regla de jurisprudencia y los demás dictados en el mismo sentido:

3º Que la razón en que se funda el fallo recurrrido consiste en el desconocimiento del fideicomiso establecido por Esteban Illa y Angelet y de la naturaleza y consecuencias legales de la sustitución fideicomisaria, dando á las palabras de la sustitución *y por muerte de él* una significación contraria á la que la gramática y la lógica exigen, infringiendo bajo este punto de vista la ley y la doctrina legal invocada en los dos fundamentos anteriores, é infringiendo á la vez al no aceptar como sustitución fideicomisaria la de dicha cláusula de institución, las leyes que regulan los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias:

4º La ley 32 Digesto *De hæredibus instituendis*; la ley 1ª Digesto *Qui testamenta facere possunt*, y las instituciones de Justiniano *De testamentis ordinandis*, y la ley 1ª, tít. 1º, Partida 6ª, bajo este mismo pun-

to de vista infringe también el no reconocimiento del fideicomiso ó sustitución fideicomisaria, ó sea el gravamen impuesto por el testador de restituir la herencia á otra persona después de haber gozado por determinado tiempo: las *Institutas* de Justiniano, párrafo segundo *De fidecoicomisario hæreditatibus*; bajo el mismo aspecto jurídico infringe también la sentencia el párrafo undécimo del mismo título de las Instituciones de Justiniano que establece que la obligación de restituir la herencia puede comprender, no sólo el primer nombrado, si que también el fideicomisario y á los demás que después de él vayan entrando en el goce de la herencia en virtud de llamamiento del testador, y la ley 5ª, párrafo primero Digesto *De legatis*, la 32, párrafo cuarto, y la 47, párrafo primero *De ad legem falcidiam*; como también la novela 159 de Justiniano vigente en Cataluña que permite los fideicomisos temporales hasta la cuarta generación:

5° Que al establecer como establece la sentencia recurrida, en el hecho de absolver á los demandados, el error que consigna en sus considerandos de que la prohibición de enajenar para que surtiera sus efectos había de consignarse con palabras expresas en el testamento, infringe las leyes 114, párrafo décimocuarto, Digesto, y 120, párrafo primero, Digesto *De legatis et fideicomissis*, y la ley 3ª, párrafos segundo y tercero del Código... *De legatis*, y el capítulo de la novela 159, que sancionan la doctrina de que los bienes de un fideicomiso son enajenables, y que las enajenaciones hechas contra esta prohibición son nulas:

6° Que al negar la sentencia recurrida la eficacia y fuerza que tienen los dos fallos citados, infringe las leyes 20 y 21, tít. 22, y 7ª, tít. 23, Partida 3ª, y la doctrina de este Tribunal Supremo, sentada, entre otros fallos, en el de 15 de Abril de 1861, de que aunque por regla general la cosa juzgada no daña á los que no han tenido parte en un litigio, es sin embargo trascendental á terceros que no han litigado la sentencia que declara la validez ó nulidad de un testamento, cuando alegan en el segundo juicio el mismo fundamento que se alegó en el primero:

7° Que al apoyar la absolución de la demanda en la ley Hipotecaria vigente infringe la sentencia el principio de que por regla general las leyes civiles no tienen fuerza retroactiva aplicando una ley posterior á actos realizados muchísimo antes:

8° La Real pragmática de 31 de Enero de 1768, que es la ley 3ª, título 16, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la que se establece que la obligación de registrar dentro del término debe ser de los instrumentos que se otorguen en lo sucesivo, pues por lo tocante á instrumentos anteriores á la publicación de ella, cumplirán las partes con registrarlos antes de que los hubiesen de presentar para el efecto de perseguir las hipotecas ó fincas gravadas:

9° El art. 25 de la ley Hipotecaria vigente y los 33 y 34:

10. Que al fundar la absolución la sentencia en la prescripción infringe en primer lugar el principio de derecho *«contra non valentem agere non currit præscriptio,»* y en segundo lugar la 3ª y última del Código de *«amali exception,»* como también las leyes 3ª, libro 5°, título 12; 1ª, párrafo segundo, libro 7°, tít. 40 del Digesto, que establecen el principio de que la prescripción no corre mientras el dueño está imposibilitado legalmente de hacer valer sus derechos:

11. Que al invocar la sentencia recurrida como fundamento de la

absolución los actos practicados por el recurrente al otorgarse los capítulos matrimoniales infringe en primer lugar la ley 19, tít. 6º, Partida 3ª, y la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo de que la renuncia de un derecho especial ó determinado no se amplía á la de otro, ni tampoco se presume renunciado el que ignora tener el renunciante, la sentencia de 11 de Marzo de 1864; en segundo lugar infringe el principio de que las renuncias no se presumen sino que se prueban y han de constar de actos positivos y concretos:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que las cuestiones suscitadas en el recurso se resumen en la de si existe ó no fideicomiso, y en la de prescripción excepcionada por los demandados:

Considerando, respecto de la primera, que las palabras de la cláusula del testamento otorgado en 18 de Enero de 1859 por Esteban Illa y Angelet, revelan claramente su propósito de constituir un fideicomiso familiar temporal que se reconoció en las sentencias firmes que en 28 de Julio de 1840 y 1º de Febrero de 1878 dictaron respectivamente el Juzgado de primera instancia de Granollers y la Audiencia de Barcelona; no siendo obstáculo para estimar establecida dicha institución fideicomisaria la circunstancia de que no se prohibiese expresamente enajenar los bienes, y porque en la legislación especial de Cataluña no hay precepto terminante que exija se consigne tal prohibición, ya porque sin la obligación necesaria é ineludible de conservar los bienes no podría cumplirse la voluntad del testador de que á la muerte de su hijo pasasen aquéllos á sus nietos por el orden con que los llamaba hasta la cuarta generación:

Considerando, acerca de la prescripción, que si bien con arreglo al Usatge *omnes causæ*, tít. 2º, libro 7º, volumen 1º de las Constituciones de Cataluña, y á la jurisprudencia sentada, de acuerdo con él, por este Tribunal Supremo, las acciones prescriben á los 30 años, sin distinción de que sea buena ó sea mala la razón, causa ó motivo de la posesión, esta doctrina no es aplicable al presente caso, no sólo por el carácter de no enajenables que temporalmente tenían los bienes, y que, mientras lo conservasen los hacía imprescriptibles, sino porque la prescripción no puede alegarse contra la persona cuyo derecho no ha nacido ó que está impedida de ejecutarlo:

Considerando que, por lo tanto, la sentencia contra que se recurre, al absolver de la demanda á los demandados fundándose en la no existencia del fideicomiso y en la prescripción, infringe, entre otras disposiciones citadas por el recurrente, la novela 159 de Justiniano vigente en Cataluña, la doctrina legal admitida por los Tribunales de que la voluntad del testador es la primera ley en materia de testamentos, de acuerdo con lo que ordena la ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, y el principio de derecho *contra non valentem agere, non currit præscriptio*;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Josefa Bassa y Pedrals, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 11 de Noviembre de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona.—(Sentenica publicada el 13 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Diciembre del mismo año.)

324

Recurso de casación en asunto de Ultramar (13 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—No ha lugar al interpuesto por la razón social *Meyer y compañía* con D. Adolfo Aguirre (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que el recurso de casación no puede sostenerse útilmente haciendo supuestos y estableciendo hechos contrarios á los que fija la Sala sentenciadora como resultado de las pruebas, si al propio tiempo no se demuestra que al apreciarlas ha infringido alguna ley ó doctrina legal á que haya debido arreglar su criterio:*

2º *Que la prioridad de tiempo da preferencia de derecho, como lo tiene también el acreedor escriturario sobre el simple acreedor quirografario:*

3º *Que es infundado citar como infringida la doctrina del Tribunal Supremo que establece que toda tercería deducida en juicio ejecutivo, ya se funde en el dominio de los bienes embargados, ya en derecho preferente al del ejecutante, exige por parte de quien la promueva la presentación de un título legítimo ó de una prueba, si de las declaraciones que hace la Sala sentenciadora resulta que el tercerista tuvo título é hizo pruebas para sostener el derecho preferente que la sentencia le reconoce; y contra esta apreciación no se invocan leyes ó doctrinas que la contradigan:*

4º *Que no es doctrina recibida por la jurisprudencia de los Tribunales la expuesta por los tratadistas de que á los efectos del mejor derecho que establece la ley* 5ª, *tít.* 24, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación en favor de los acreedores escriturarios, sólo pueden considerarse como tales los que no siendo de la clase de los privilegiados ni de los que tienen constituída hipoteca que los asegure justifican su crédito con escritura pública:*

5º *Que no pueden considerarse infringidas por una sentencia leyes que no tienen relación con el punto litigioso;*

Y 6º *Que no puede decirse infringido el principio que constituye doctrina legal de que el que es primero en tiempo lo es en derecho, si este ha sido la base principal de la sentencia.*

En la villa y corte de Madrid, á 13 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Belen de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Francisco Lorenzo del Valle, defendido por el Licenciado D. Adolfo Aguirre y representado por el Procurador D. Daniel Doze, con la razón social *Meyer y compañía*, en liquidación, y en su nombre el Procurador D. Ignacio Santiago y Sánchez, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel Batanero y con Doña Natividad Iznaga de Acosta, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, sobre tercería de mejor derecho:

Resultando que D. Antonio Modesto del Valle y Castillo otorgó testamento en la villa de Sancti Spíritus á 15 de Junio de 1863, declarando que estaba casado con Doña Natividad Iznaga del Valle, de la cual

tenía ocho hijos, que nombró entre ellos D. Francisco, y á los cuales instituyó herederos, nombrando tutor y curador de sus personas y bienes con relevación de toda fianza á su citada mujer Doña Natividad Iznaga:

Resultando que ocurrido en 19 de dicho mes el fallecimiento del testador y aceptada por Doña Natividad el cargo de tutora y curadora, por auto de 22 de Julio de 1863 se la declaró así; y en 16 de Junio de 1872 por haber contraído segundo matrimonio, y obtenido la gracia de continuar desempeñando la tutela, se la discernió de nuevo el cargo:

Resultando que Doña Natividad Iznaga por medio de su apoderado general D. Rafael de Arriol otorgó escritura en 13 de Noviembre de 1865, asegurando á sus hijos, y entre ellos á D. Francisco, la suma á cada uno de 785.634 escudos 770 milésimas que le correspondieron de haber por su legítima paterna, obligándose á abonarla en varios plazos hipotecando á la seguridad de aquella obligación, sin que la general derogase ni perjudicase la especial, los ingenios titulados Mapos, San Fernando y Natividad, con todo cuanto le sera anejo, y otras diferentes fincas urbanas y rústicas; y en 9 de Abril y siguientes del año 1866 se puso Doña Natividad en posesión judicial de todos los bienes que quedaron al fallecimiento de su citado esposo:

Resultando que para el abono de un pagaré de 14.092 pesos en billetes del Banco Español, vencido el día 15 de Mayo de 1876, se despachó mandamiento de ejecución en 31 de dicho mes á instancia de la razón social Meyer y compañía contra Doña Natividad Iznaga, y que dictada sentencia de remate, se pidió para su cumplimiento por la Sociedad ejecutante y se obtuvo el embargo de la cantidad de 14.000 pesos en oro que la sociedad Zaldo y compañía debía pagar á Doña Natividad por cuenta de la venta de 11.000 sacos de azúcar que le había vendido Doña Natividad:

Resultando que con noticia que de ello tuvo D. Francisco Lorenzo del Valle, dedujo en 18 de Junio de 1880 la demanda objeto de este pleito, alegando que tenía también un crédito contra la misma Doña Natividad de 392.817 pesos 38 y medio centavos é intereses, procedentes de su legítima paterna, que había sido asegurado por escritura pública hipotecaria y que era preferente al de Meyer y compañía; y consignando como hechos los antecedentes que quedan referidos, á los que añadió que Doña Natividad contrajo segundas nupcias y obtuvo gracia sacar para continuar encargada de la guarda de sus hijos, dedujo de ellos como fundamentos legales que los hijos tenían hipoteca tácita en los bienes de la madre que, nombrada su guardadora, pasaba como la suya á segundas nupcias: que también tenían hipoteca tácita los pupilos y menores sobre los bienes de sus guardadores: que su crédito estaba asegurado por hipoteca expresa, constituída en 1865, y era preferente por consiguiente al de Meyer y compañía; y que reunía además el carácter de escriturario desde la misma fecha; terminando en su virtud con la pretensión de que se declarase que el crédito referido que tenía contra Doña Natividad Iznaga era preferente y de mejor derecho al otro cuya ascendencia ignoraba y que demandaban Meyer y compañía, y en cuya virtud se había despachado la ejecución, mandando que con la suma en efectivo embargada á la deudora fuera pagado el demandante con preferencia á la indicada razón social; condenando en las costas á quien correspondiera:

Resultando que la razón social Meyer y compañía impugnó la de-

manda, sosteniendo en primer lugar que no podía ser admitida por no haberse acompañado con su escrito los documentos en que se apoyaba, alegando además que tanto las leyes antiguas como la novísima, siguiendo la naturaleza esencial del derecho de hipoteca, habían excluído los frutos industriales:

Resultando que declarada contestada la demanda por parte de Doña Natividad Iznaga, el demandante replicó adicionando que el crédito objeto de la tercería tenía el carácter de escriturario y era por tanto preferente al de Meyer y compañía, aun prescindiendo del carácter que reunía de hipotecario legal y expreso; y que la ley de Enjuiciamiento graduaba en segundo lugar á los hipotecarios legales; en tercero á los que lo fueron por contrato; en cuarto á los escriturarios, y en quinto y último á los comunes, como lo era el de Meyer y compañía:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se pusiera testimonios á instancia del demandante, de los que aparece que por D. Francisco Lorenzo del Valle se entabló demanda ejecutiva contra Doña Natividad Iznaga por pago de 197.801 pesos 79 centavos, intereses y costas, y que dictada sentencia de remate en 3 de Octubre de 1873, entró el juicio en la vía de apremio sin que apareciera ningún pago hecho al ejecutante: que en 21 de Marzo de 1874 se dictó otra sentencia de remate contra la misma Doña Natividad á instancia de D. Francisco, que fué confirmada por la Audiencia de 14 de Noviembre siguiente, por la cantidad de 75.963 pesos 17 y medio centavos con sus intereses, y habiéndose procedido al remate del ingenio Mapos, no tuvo afecto por falta de licitador, hallándose embargados todos los frutos elaborados y por elaborar en dicho ingenio desde la zafra de 1875 á la de 1876 inclusive en adelante, habiendo sido depositados, pero sustraídos en gran parte, se formó por este hecho causa criminal, no apareciendo que hubiese cobrado el ejecutante cantidad alguna del crédito; que en 3 de Julio de 1875 se dictó otra sentencia de remate por la cantidad de 100.000 pesos, intereses estipulados y de demora, y 19.052 pesos é intereses de un plazo vencido durante el juicio, habiendo sido embargado el ingenio Natividad con los frutos que produjera la zafra, tomándose razón en Hipotecas del embargo, sin que el ejecutante hubiera realizado cantidad alguna procedente de los bienes embargados ni cobrado nada por su crédito; y que por auto de 18 de Diciembre de 1880 se admitió la cesión de bienes que hizo Doña Natividad Iznaga en favor de sus acreedores, acordándose el embargo y depósito de todos los que la pertenecían y las demás diligencias consiguientes:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó en 28 de Julio de 1882 sentencia revocatoria estimando la demanda y declarando en su virtud que el crédito de D. Francisco Lorenzo del Valle é Iznaga es preferente al de la Sociedad Meyer y compañía, y que de la cantidad en billetes del Banco Español embargada se ha pagado aquel crédito con preferencia á éste, condenando en las costas de primera instancia á la Sociedad Meyer y compañía, y sin hacer especial condenación de las de la segunda:

Resultando que la razón social Meyer y compañía, en liquidación, interpuso contra esta sentencia recurso de casación, citando al interponerla y después en tiempo oportuno en este Supremo Tribunal como infringidos:

1º La doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales y sancionada por el art. 19 de la ley Hipotecaria vigente en aquella isla, de que sólo pueden ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre los mismos, toda vez que la sentencia hacía extensiva la hipoteca á una cosa mueble, como era el dinero:

2º La doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales y sancionada del mismo modo por el art. 125 de la ley Hipotecaria vigente, concordante del 111 de la Península, de que la hipoteca sólo se extiende á los frutos cuando se hallan pendientes ó ya cogidos, pero no levantados, porque en este último caso pierden la condición de inmueble que antes tenían como accesorios de una cosa raíz, toda vez que el dinero embargado á instancia de Meyer, que era la materia del pleito, formaba parte del precio de azúcares elaborados en las fincas sobre las cuales tenía constituída hipoteca el tercerista:

3º La doctrina legal sancionada por este Tribunal Supremo en las sentencias, entre otras, de 7 de Enero, 31 de Mayo y 27 de Setiembre de 1871, de que toda tercería deducida en juicio ejecutivo, ya se funde en el dominio de los bienes embargados, ya en derecho preferente al del ejecutante, exige por parte de quien la promueva la presentación de un título legítimo ó de una prueba, en el supuesto de que la declaración de mejor derecho se fundase en la ley de Partida que establece hipoteca legal en favor del hijo sobre los bienes de la madre guardadora que pasa á segundas nupcias, hasta que se le dé cuenta de lo suyo, puesto que no estaba probado que la curadora en concepto de tal tuviera que dar ni entregar nada al tercerista, que era lo que constituiría el título fundamental al mejor derecho:

4º Bajo el mismo supuesto del número anterior, las doctrinas citadas en los números 1º y 2º, porque la hipoteca legal no se extiende ni se ha extendido nunca á otros bienes que á los que por contrato puedan hipotecarse; y también la deducida de la sentencia de este Supremo Tribunal de 19 de Mayo de 1863 de que cuando una obligación está garantida por hipoteca convencional, no puede hacerse efectiva con perjuicio de tercero en los bienes no hipotecados expresamente, aunque por la naturaleza de la obligación existiera en origen hipoteca tácita, porque ésta no reaparecería sino cuando aquélla se extinguía, no obstante lo que el fallo recurrido declaraba el mejor derecho pretendido por el tercerista, á pesar de que éste no había rematado los bienes que expresamente se le hipotecaron, y cuya declaración perjudicaba á tercero, como lo era la Sociedad Meyer y compañía, por haber embargado antes que nadie la cantidad objeto del pleito:

5º La doctrina expuesta por los tratadistas, y admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, de que á los efectos del mejor derecho que establece la ley 5ª, tít. 24, libro 10 de la Novísima Recopilación en favor de los acreedores escriturarios, sólo pueden considerarse como tales los que no siendo de la clase de los privilegiados ni de los que tienen constituída hipoteca que los asegure justificar su crédito con escritura pública:

6º La ley 8ª, tít. 16 de la Partida 3ª, y art. 279 de la de Enjuiciamiento civil, que señalan los medios de prueba de que puede hacerse mérito en juicio; y la doctrina jurídica de que sólo pueden darse como ciertos los hechos acerca de los cuales se han aducido pruebas por las partes, al declarar que los 14.000 pesos embargados eran parte del precio de los azúcares de los ingenios embargados y depositados en favor del tercerista, puesto que si bien se había justificado que tales

frutos se habían elaborado en los expresados ingenios, no había dato alguno ni sobre ello había versado la prueba que indicase que tales frutos se hubieran embargado ni producido después de los embargos, existiendo por el contrario la prueba más evidente de que no se constituyeron en depósito, y por lo tanto el embargo no se consumó, porque de haberlos depositado no había posibilidad material de que la deudora los vendiera, como lo hizo:

7° El principio que constituye doctrina legal de que el que es primero en tiempo lo es en derecho, toda vez que se desconocía el que correspondía á la Sociedad recurrente por haber embargado primero;

Y 8° La doctrina consignada por este Supremo Tribunal en sentencia de 9 de Noviembre de 1863, en que se establece que los bienes embargados judicialmente no pueden ser enajenados por su dueño durante el embargo, á no hacerse la venta con intervención del Juzgado que conoce de los autos: que el vendedor de dichos bienes sin la referida intervención judicial tampoco puede hacer al comprador la entrega de los mismos por la razón de no obrar en poder del vendedor la cosa enajenada; y que la venta judicial de bienes embargados se supone ejecutada por su dueño, en cuyo nombre obra el Juez para el pago de lo sentenciado:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que el recurso de casación no puede sostenerse útilmente haciendo supuestos y estableciendo hechos contrarios á los que fija la Sala sentenciadora como resultado de las pruebas, si al propio tiempo no se demuestra que al apreciarlas ha infringido alguna ley ó doctrina legal á que haya debido arreglar su escrito:

Considerando que el presente pleito es un hecho probado á juicio de la Sala sentenciadora; que la cantidad cuya aplicación se trata es parte del precio de los azúcares vendidos de los ingenios Mapos, Natividad y San Fernando, hipotecados con sus frutos y embargados y depositados á favor del tercerista con anterioridad á la fecha del pagaré que sirvió de título al recurrente para obtener la ejecución contra los bienes de la común deudora y el embargo de dicha cantidad; y dado este precedente, la prelación declarada en la sentencia recurrida al crédito de D. Francisco Lorenzo del Valle es conforme al principio según el cual la prioridad de tiempo da prefencia de derecho, como lo tiene también el acreedor escriturario sobre el simple acreedor quirografario:

Considerando que por la razón expuesta son impertinentes los motivos 1°, 2° y 4°, puesto que la extensión de las obligaciones nacidas de la escritura de 13 de Noviembre de 1865 y de las ejecuciones en virtud de ella promovidas contra la deudora, han de regularse por la legislación entonces vigente, y no por la ley Hipotecaria que actualmente rige en Cuba:

Considerando que es también infundad el tercer motivo, porque de las declaraciones que hace la Sala sentenciadora resulta que el tercerista tuvo título é hizo pruebas para sostener el derecho preferente que la sentencia le reconoce; y contra esta apreciación no se invocan leyes ó doctrinas que la contradigan:

Considerando que no es doctrina recibida por la jurisprudencia de los Tribunales la que sirve de fundamento al quinto motivo; que las leyes citadas en el sexto no tienen relación con el punto litigioso, y que el principio invocado en el séptimo y último motivo ha sido la base principal de la sentencia recurrida;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al re-

curso de casación interpuesto por la razón social *Meyer y compañía*, en liquidación, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 13 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Enero de 1884.)

325

Recurso de casación (14 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera*.—PAGO DE CANTIDAD.—No ha lugar al interpuesto, y se resuelve:

1° *Que no puede admitirse como motivo de casación la infracción de la ley del contrato, si para alegarla se hace supuesto de la cuestión, dando por cierta la existencia de un contrato, cuando la sentencia estima que no lo ha habido ó que carece de eficacia la obligación contraída;*

Y 2° *Que no se infringen las leyes* 11, *tít.* 3°, *y* 114, *tít.* 18, *Partida* 3ª, *ni las doctrinas que establecen que no es lícito invalidar un contrato cuya existencia consta por medio de escritura pública sin haber hecho previa y especialmente la declaración de su nulidad; que no puede darse por supuesta implícitamente la nulidad de tales documentos sobreponiendo el Juez su criterio á la ley; que los hechos consignados en las escrituras no pueden alterarse por medio de prueba testifical sin faltar al precepto de la ley* 114, *que ordena que las escrituras públicas valen para probar lo que en ellas se dijese; y que la prueba documental hecha por medio de escritura pública, solemne y no anulada, no debe apreciarse en conjunto con la testifical para deducir de ésta el resultado contrario á lo ofrecido por aquélla: si la Sala sentenciadora no niega la autenticidad de los documentos presentados por la demandante ni concede preferencia á la prueba testifical, sino que apreciando lo que resulta de aquellos documentos y combinándolo con lo que aparece de otros que se han traído á los autos, así como con lo declarado por la misma demandante, entiende que es ineficaz la obligación contraída en una escritura; sin que para hacer esta declaración fuese indispensable que se hubiera formulado solicitud especial, puesto que según la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, no hay necesidad de pedir expresamente la nulidad de un acto ó documento cuando esta cuestión es una de las fundamentales del pleito, ó cuando por negar los demandados terminantemente que su causante hubiere recibido el dinero y que existiera razón cierta y verdadera del deber, esta cuestión se halla forzosamente comprendida entre las suscitadas y discutidas por las partes.*

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de..... y Sala de lo civil de la Audiencia de la misma por Doña....., propietaria, vecina de dicha ciudad, con D....., propietario; Doña....., en representación de sus hijos menores, y D....., como marido de Doña....., vecinos todos de esta corte, en el concepto de herederos de D....., sobre pago de cantidad; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Doña..... y en su

defensa y representación por el Licenciado D. Diego Suárez y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, habiendo sido defendidos y representados en este recurso los demandados por el Licenciado D. Cristino Martos y el Procurador D. Manuel Martín Veña:

Resultando que en escritura pública otorgada en Sevilla en 26 de Setiembre de 1868 declaró D...., que tenía recibidas con anterioridad de Doña....., vecina de..... que concurrió también al otorgamiento de esta escritura, 400.000 reales en calidad de préstamo con interés; consignando en la cláusula 1ª que el pago de dicha suma se haría por él á sus sucesores al espirar el plazo de ocho años, contados desde aquella fecha, ó sea el día 26 de Setiembre de 1876, en la misma casa de..... y en su poder ó en el de quien tuviese su representación: en la 2ª, que el interés ó rédito que habían convenido ambos otorgantes por todo el tiempo de este contrato había sido satisfecho con anterioridad: en la 3ª, que si durante el expresado período de los ocho años ocurría el fallecimiento del otorgante, se entendería por este hecho extinguido el indicado término y en perfecta aptitud y derecho el acreedor para reclamar el pago de los 400.000 reales en la vía ejecutiva de su testamentaría y herederos; y en la 4ª, que el acreedor D..... quedaba obligado á no ceder, renunciar ni traspasar á favor de persona alguna por ningún concepto el susodicho crédito sin permiso de su deudor D.....:

Resultando que en documento privado de la misma fecha, declaró D..... ante los testigos D..... y Doña..... en descargo de su conciencia que el crédito de 400.000 reales á que se refiere la anterior escritura pertenece á Doña....., en cuya virtud renunciaba la acción y derechos que le correspondían por aquel documento, y protestaba que no demandaría el pago de dicho crédito sino en virtud de poder especial de Doña..... ó de sus herederos:

Resultando que D....., en representación de su mujer Doña....., dedujo en 27 de Febrero de 1880 demanda civil ordinaria, en la que haciendo presente que en 27 de Setiembre de 1868 D..... tenía recibido de Doña..... cierta cantidad que con sus intereses por el tiempo que se proponía tenerla en su poder ascendía á la suma de 400.000 reales: que siendo Doña..... menor de edad en aquella fecha, y hallándose el indicado próximo á contraer matrimonio con Doña....., madre de Doña....., y deseando dicho..... extender un documento que sirviera de resguardo de la expresada cantidad á su acreedora Doña....., juzgaron lo más conveniente otorgar una escritura pública á favor de D....., y así lo verificaron; suscribiendo este último en la misma fecha del otorgamiento de esta escritura, 26 de Setiembre de 1868, el documento privado que se acompañaba: que el susodicho..... había fallecido recientemente, dejando por sus herederos universales á su hijo primogénito D..... y á sus cuatro nietos Doña....., D....., D..... y Doña....., é invocando el precepto de las leyes 2ª, 5ª y 8ª, tít. 1°, Partida 5ª y la de 14 de Marzo de 1856 sobre pago de intereses, solicitó en ejercicio de la acción de mutuo que utilizaba, se condenase en definitiva á D....., Doña..... en representación de sus tres menores hijos D....., D....., y Doña....., y á D ....., como marido de Doña....., á pagarle los 400.000 reales de que resultaba deudor el difunto D..... por la escritura de 26 de Setiembre de 1868, con los intereses legales desde el día 26 de Setiembre de 1876 en que debió haber satisfecho la indicada obligación:

Resultando que en contestación á esta demanda dijeron D... y litis

socios que era falso é inverosímil que D... hubiese recibido cantidad alguna de su hija Doña..., menor de edad, en la fecha en que se suponía hecho el préstamo, porque dicha Doña... no podía tener tal cantidad, pues su madre Doña... era de familia pobre y había entrado en la casa del difunto... en calidad de sirvienta: que la escritura en que el... contrajo la obligación de pagar las 10.000 pesetas era ineficaz, porque tal obligación carecía de causa cierta y verdadera de deber, y porque además se hallaba reconocida en favor de una menor, hija suya, y de condición que le hacía incapaz de heredar, con perjuicio de los hijos legítimos del..., á quienes se había tratado de privar por este medio de parte de los bienes del padre en favor de una hija á quien la ley excluye de todo derecho; y que el documento privado presentado con la demanda envolvía asimismo un contrato simulado que no tenía otro objeto que el de conseguir dotar en 100.000 pesetas á Doña..., hija adulterina del difunto..., é hicieron por último relación de las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª de la escritura de préstamo susodicha, invocando el precepto de la ley 10, tít. 13, Partida 6ª:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron las partes en sus anteriores alegaciones; y sustanciado el pleito por los demás trámites, incluso el de prueba y en dos instancias, dictó sentencia confirmatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de... en 25 de Enero próximo pasado, absolviendo de la demanda á D... y á Doña..., en representación de sus tres hijos D..., D... y Doña..., y á D..., como marido de Doña...:

Resultando que Doña... interpuso recurso de casación, citando en su apoyo como infringidas:

1° La ley del contrato celebrado entre el... y D..., y la doctrina legal establecida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1871, en el concepto de que al absolver á los herederos de dicho... de la demanda de la recurrente se ha dejado de satisfacer la obligación de mutuo impuesta á dichos herederos por un contrato válido á que estaban sometidos como á primera ley para ellos:

2° La ley 11, tít. 3°, Partida 3ª, y la doctrina legal establecida por las sentencias de 2 de Octubre de 1866, 25 de Octubre y 24 y 25 de Noviembre de 1873, según las cuales no es lícito invalidar un contrato cuya existencia conste por medio de escritura pública sin haber hecho previa y especialmente la declaración de su nulidad, por cuanto la sentencia recurrida invalida el contrato referido sin que haya precedido declaración alguna respecto á su validez ó nulidad:

3° La ley 114, tít. 18, Partida 3ª, que preceptúa que deben valer, no sólo las escrituras públicas, sino los contratos privados hechos ante dos testigos para probar lo que en ellos se dijere; la sentencia de casación de 18 de Marzo de 1865, que declara que no puede darse por supuesta implícitamente la nulidad de tales documentos sobreponiendo el Juez su criterio á la ley, y la de 3 de Junio de 1873, que dice que los hechos consignados en las escrituras aludidas no pueden alterarse por medio de prueba testifical sin faltar al precepto de la ley 114, que ordena que las escrituras públicas valen para probar lo que en ellas se dijese; por que á pesar de tan terminantes prescripciones no han sido estimadas en la sentencia recurrida la escritura pública ni el documento suscrito por dos testigos presentado como prueba preconstituída por la recurrente, y se ha dado por supuesta implícitamente su ineficacia y se ha estimado que la prueba testifical vale más que la documental para probar sobre lo dicho en la escritura:

4° La misma sentencia de 3 de Julio de 1873 y las de 3 de Febrero de 1871, 3 de Abril de 1879 y otras muchas, en las que ha consignado este Supremo Tribunal la jurisprudencia de que la prueba documental hecha por medio de escritura pública solemne y no anulada no debe apreciarse en conjunto con la testifical para deducir de ésta el resultado contrario á lo ofrecido por aquélla, en el concepto de que la sentencia recurrida destruye con la prueba de testigos practicada en el pleito el resultado de la documental preconstituída por la recurrente, negando los hechos establecidos en ésta con el resultado que á su entender ofrece aquélla:

5° La doctrina legal consignada en sentencia de 12 de Febrero de 1881 de que las donaciones entre ascendientes y descendientes no se presumen; porque la Sala sentenciadora, partiendo del supuesto de que el... era padre de la recurrente, ha presumido al absolver á los herederos de dicho... que éste quiso hacer por medio de una escritura de préstamo una donación á su supuesta hija:

6° Las sentencias de este mismo Tribunal de 30 de Diciembre de 1878, en que se dice que para la validez de los documentos no es necesario hacer constar el origen de la obligación:

7° Las leyes 3ª, tít. 13, Partida 3ª, y 2ª, tít. 7°, libro 2° del Fuero Real, que declara que los documentos como el otorgado ante dos testigos por D... constituyen confesión ó conoscencia hechas fuera del juicio que debe valer cuando reune las circunstancias del documento de que se trata, puesto que considera la sentencia recurrida dicho documento como constitutivo de cesión, y absuelve á los demandados por no darle valor:

8° La ley del contrato celebrado entre... y el..., al deducir la sentencia recurrida que los hechos de haber hecho el... extender el documento privado en la misma fecha de la escritura y haberlo conservado en su poder hasta que falleció, no contienen el permiso para traspasar el crédito que imponía la cláusula 4ª de la misma escritura, aun en el supuesto de que la confesión hubiera de ser tenida como cesión;

Y 9° La doctrina jurídica autorizada por la sentencia de 2 de Octubre de 1879 de que el mandante no tiene necesidad de que su mandatario le ceda los derechos adquiridos á nombre propio para poder ejercitar las acciones que correspondan al primero, contra el que contrató con su mandatario, por cuanto aunque... hubiese sido mandatario expreso, presunto ó gestor de negocios de la recurrente y hubiese contratado en tal concepto á nombre propio con el..., no podía quedar privada aquélla del derecho de ejercitar sus acciones contra los herederos del..., como declara la sentencia recurrida:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que el recurso interpuesto por Doña... contra la sentencia que en virtud de las pruebas suministradas en el pleito absuelve de la demanda á los herederos del... no se funda en error de hecho ó de derecho padecido en la apreciación de dichas pruebas, sino en infracción de ley ó doctrina legal que se comete, según la recurrente, en la parte dispositiva del fallo:

Considerando que para sostener como se sostiene en el primero y octavo motivos del recurso que se ha infringido la ley del contrato, es preciso hacer de la dificultad supuesto, toda vez que la sentencia estima que no ha habido verdadero contrato ó que carece de eficacia la obligación contraída por el difunto... y cuyo cumplimiento exigía la parte actora:

Considerando que tampoco han podido infringirse las leyes 11, título 3°, y 114, tít. 18, Partida 3ª, ni las doctrinas citadas en los motivos 2°, 3° y 4°, porque la Sala sentenciadora no niega la autenticidad de los documentos presentados por la demandante ni concede preferencia á la prueba testifical, sino que apreciando lo que resulta de aquellos documentos y combinándolo con lo que aparece de otros que se han traído á los autos, así como con lo declarado por la misma Doña... y por D..., con quien el... contrató, entiende que es ineficaz la obligación contraída en la escritura de 26 de Setiembre de 1868, sin que para hacer esta declaración fuese indispensable que se hubiera formulado solicitud especial, puesto que según la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, no hay necesidad de pedir expresamente la nulidad de un acto ó documento cuando esta cuestión es una de las fundamentales del pleito, ó cuando, como sucede en el presente caso en que los demandados negaron terminantemente que su causante hubiere recibido el dinero y que existiera razón cierta y verdadera de deber, se halla forzosamente comprendida entre las suscitadas y discutidas por las partes:

Considerando que son improcedentes los motivos 5°, 6°, 7° y 9°, el primero por la disparidad del caso á que la sentencia de 12 de Febrero de 1881 se refiere; el segundo porque la doctrina que en él se invoca no se desconoce en la sentencia impugnada, y los otros dos porque el fundamento cardinal de ésta es la ineficacia de la obligación que el... contrajo en la mencionada escritura de 26 de Setiembre de 1868;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña..., á quien condenamos al pago de las costas, y para en caso de que mejore de fortuna al de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de... la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 14 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Enero 1884.)

326

Recurso de casación (14 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE CANTIDAD Y OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA DE DIVISIÓN. —No ha lugar al interpuesto por D. Claudio Gómez de Sepúlveda con Doña Concepción Fernández (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

1° *Que la ley* 1ª, *tít.* 1°, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación sólo puede ser infringida cuando reconocida la existencia de una obligación se le niegue eficacia por falta de solemnidades externas que no sean esenciales á la misma obligación contraída:*

2° *Que no puede estimarse la infracción de la doctrina que establece que el contrato es ley para los contratantes, y la de que el heredero es el representante y continuador de la responsabilidad del difunto, y de la ley* 13, *tít.* 9° *de la Partida* 7ª, *si para alegarlas se hace supuesto de la cuestión, porque la sentencia no desconoce el valor de una y otra doctrina, sino que se limita á declarar que no se ha probado la existencia de la obligación:*

3º Que si la Sala sentenciadora no niega eficacia á la certificación y plano de unos peritos, sino que limita su alcance al objeto para que fueron nombrados dichos peritos, que no fué otro que el justiprecio y medida de la finca, pero no para probar la existencia de la obligación, la sentencia no infringe la ley 119, tít. 18, Partida 3ª, ni la doctrina legal de que los documentos privados deberán producir valor en juicio cuando han sido reconocidos por quien los extendió ó por la persona nombrada para extenderlos ú otorgarlos;

Y 4º Que si la sentencia recurrida no es contradictoria en su parte dispositiva, no infringe la doctrina legal que establece que ha lugar á la casación de una sentencia contradictoria en sus mismos términos ó en las resoluciones ó declaraciones que contenga, porque la medida y justiprecio de la finca es un hecho independiente que ha podido ser resuelto y no tiene relación alguna con la obligación cuya existencia se niega en aquélla.

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Pozoblanco y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D. Claudio Gómez de Sepúlveda, propietario, con Doña Concepción Fernández y Fernández, por sí y en representación de su hijo D. Bonifacio Herrero y Fernández, propietarios también y vecinos ambas partes de la villa de Pozoblanco, sobre pago de cantidad y otorgamiento de una escritura de división de una casa; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Doctor D. José de Isasa y el Procurador D. Manuel Martín Veña en defensa y representación de Gómez de Sepúlveda; habiendo llevado la defensa y representación de la parte recurrida el Licenciado D. Antonio Maura y el Procurador D. Luis Lumbreras:

Resultando que D. Antonio Cabrera Sánchez y D. José María Guerrero, en concepto de peritos nombrados por D. Bartolomé Atanasio Gómez y D. Bartolomé Gil Herrera para la medida y justiprecio de la casa que ambos habían comprado en la plaza principal de la villa de Pozoblanco, marcada con el núm. 15, declararon y certificaron en documento privado extendido en dicha villa con fecha 16 de Mayo de 1877, que habían pasado á dicha finca y habían observado en primer lugar que tenía su fachada mirando al Noroeste, y tenía los linderos, cabida y distribución que á continuación se expresan: que debían advertir que la cuarta parte de dicha casa, que pertenecía á D. Bartolomé Atanasio Gómez y que se hallaba proindivisa con los demás del edificio, la habían considerado contigua á la en que dicho señor vivía, según convenio que tenían hecho los dos interesados, y la dejaban señalada en el plano que habían formado con una línea de puntos; y después de fijar las dimensiones de las diferentes partes de la casa, dijeron que del análisis ó inspección hecha de oficina en oficina, valorada cada cosa de por sí, resultaba que las tres cuartas partes de casa pertenecientes á D. Bartolomé Gil que quedaban reunidas hacia el Este, salían debiendo á la cuarta parte del Oeste correspondiente á Gómez la suma de 194 pesetas, ó sean 776 rs.; consignándose además á continuación de dicho documento en una nota con el nombre de apéndice, autorizada por los mismos peritos, que al entregarla á los interesados les había pedido que señalaran y fijaran por separado el valor de la parte de patio, cuadra y huerto que correspondía á la cuarta parte de Gómez, ó sea la del Oeste; y que hecha la debida averiguación resultaba que dichas

porciones valían la cantidad de 3.727 rs., conforme y en complèta armonía con el valor general de la casa:

Resultando que los mismos peritos dirigieron una carta sin fecha á D. Claudio Gómez de Sepúlveda, hijo de D. Bartolomé Atanasio Gómez en la que le participaron que para quitar estorbos de la memoria le decían que la regla que los albañiles tenían en los aprecios de las casas para el cobro de los derechos de los firmantes era el de un 5 por 1.000, por lo cual le correspondía pagar de derechos por la de la plaza 307 reales poco más ó menos; pero que deseosos de hacerle alguna baja, sólo le pondrían 260 para ambos peritos, dejando en su favor el valor del plano:

Resultando que con tales documentos, así como en unión del citado plano y de certificación de haber intentado el acto de conciliación, dedujo D. Claudio Gómez de Sepúlveda en 30 de Diciembre de 1878 la demanda origen del presente pleito, con la solicitud de que en virtud de la acción personal que ejercitaba, se condenase en definitiva á Doña Concepción Fernández y Fernández, por sí y en representación de su hijo menor D. Bonifacio Herrero y Fernández, como herederos de su difunto marido y padre respectivo D. Bartolomé Gil Herrero, á que en el término de tercero día le abonase la cantidad de 194 pesetas que en la división practicada de la casa núm. 15 de la plaza principal de la villa de Pozoblanco en virtud del convenio celebrado entre los dos condueños resultó debiendo D. Bartolomé por sus tres cuartas partes del Este al padre del demandante, como dueño de la cuarta parte del Oeste, así como al abono de la mitad de los derechos satisfechos por el mismo demandante á los prácticos encargados de la división; cuya mitad importaba 32 pesetas y media, y al otorgamiento de la oportuna escritura de división en la forma correspondiente para su inscripción en el Registro de la propiedad:

Resultando que en apoyo de esta demanda dijo Gómez de Sepúlveda que su padre D. Bartolomé Atanasio adquirió en 27 de Abril de 1877 la cuarta parte de la casa en cuestión con el objeto único de dar más amplitud á la casa contigua de su propiedad, calle de la Plaza, con cuyo fin participó á D. Bartolomé Gil Herrero que si quería las otras tres cuartas partes no las solicitaría y podría así obtenerlas en menor precio, siempre que estuviese conforme en que la cuarta parte á él correspondiente le fuese adjudicada en la parte contigua á su casa de la calle de la Plaza: que Gil Herrero aceptó esta proposición, conviniendo además en que abonaría lo que á justa estimación de peritos resultase deber abonar por el mayor valor de las partes de casa que iba á comprar; y habiéndolas en efecto adquirido, procedieron ambos dueños á la división que tenían concertada, y al efecto nombraron á los prácticos Don Antonio Cabrera Sánchez y D. José María Guerrero: que estos peritos llevaron á cabo su cometido con entera imparcialidad y con asistencia casi continua de ambos dueños que se fueron enterando minuciosamente de todas las operaciones que se practicaban y consignaron su resultado en los documentos que se acompañaban á la demanda; y que al mes próximamente de practicada la división y á los 15 días poco más ó menos de haber tomado Gil Herrero en arrendamiento la cuarta parte de casa correspondiente al demandante sin fijar precio determinado, sino lo que correspondiese en relación con lo que pagaban otras partes de casas arrendadas en la misma Plaza, falleció dicho D. Bartolomé Gil Herrero, que estaba casado con Doña Concepción Fernández, y de la cual tenía un hijo único llamado Bonifacio, é invocó por último

en apoyo de su derecho las leyes 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación; 5ª, libro 6°, Partida 5ª; 114 y 119, tít. 18, Partida 3ª, y las relativas á la trasmisión de los derechos y obligaciones de un finado en pro y en contra de su heredero:

Resultando que Doña Concepción, por sí y en representación de su citado hijo, contestó la demanda pidiendo que se le absolviera de ella con imposición al actor de perpetuo silencio y pago de costas, alegando al efecto que D. Bartolomé Atanasio Gómez propuso á Gil Herrero que siendo su deseo dar ensanche á su casa de la calle de la Plaza, le convendría tomar parte de los techos de la que había adquirido y cederle lo restante de la cuarta parte por el precio que estipularan: que Gil Herrero no tuvo inconveniente en aceptar en principio esta proposición, pero haciendo depender su resolución definitiva del aprecio y medición de los prácticos: que puestos de acuerdo ambos partícipes, nombraron en efecto los peritos para la medida y justiprecio de la casa, pero que de los trabajos que éstos practicaron no llegó á tener conocimiento D. Bartolomé Gil Herrero, que falleció un mes próximamente después; y que no habiendo llegado á ver el certificado de los peritos no pudo prestar su aprobación á lo hecho por los mismos, y falleció sin haber llegado á adquirir compromiso ni obligación de ningún género, y por consiguiente tampoco pudo trasmitirlos á sus herederos:

Resultando que en la réplica manifestó el actor que las operaciones de justiprecio y división las presenció constantemente D. Bartolomé Gil Herrero y se enteró de ellas, así como del certificado y plano que extendieron los peritos, y que después de practicada dicha división, y viviendo en la casa Gil Herrero con su mujer, pasaron dos albañiles á registrar la cuarta parte correspondiente al demandante con objeto de ver si era posible comunicarla con la parte de patio, para lo cual mudaron los muebles de Gil Herrero, que la habitaba, sin oposición alguna de nadie; y la demandada insistió en la dúplica en lo dicho y alegado en el escrito de contestación:

Resultando que durante el término de prueba reconocieron los peritos Guerrero y Cabrera Sánchez como legítimos los documentos acompañados á la demanda, añadiendo que el certificado autorizado por ambos no era más que la fiel expresión de la voluntad de los dueños D. Bartolomé Atanasio y D. Bartolomé Gil, los que se hallaron presentes durante la mayor parte de la operación y estuvieron conformes en que la parte del Oeste correspondía á D. Bartolomé Atanasio, y que el plano se levantó por mandato de los dueños y después del certificado con arreglo al cual estaba formado; y por ambas partes se hizo uso de la prueba testifical:

Resultando que en 1° de Febrero último dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla, confirmatoria en parte y revocatoria en otra parte de la de primera instancia, absolviendo á Doña Concepción Fernández y Fernández, por sí y en nombre de su hijo D. Bonifacio Herrero y Fernández, de la demanda interpuesta por D. Claudio Gómez de Sepúlveda en cuanto al otorgamiento de la escritura de división de la casa y pago de 194 pesetas en la forma ó por el concepto en que una y otra cosa se reclaman en aquélla, y mandando que en término de quinto día pague al demandante las 32 pesetas 50 céntimos á que asciende la mitad de los derechos de los peritos:

Resultando que D. Claudio Gómez de Sepúlveda interpuso recurso de casación por considerar infringidas:

1° La ley 1ª, título 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, que

dispone «que paresciendo que alguno se quiso obligar á otro por promisión ó por algún contrato ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó,» puesto que la sentencia ha desestimado una demanda en que se pedía el cumplimiento de un contrato; la doctrina de que el contrato es ley para los contratantes, y la de que el heredero es el representante y continuador de la personalidad del difunto; así como la ley 13, tít. 9°, Partida 7ª, que trata de cómo pueden demandar enmienda los herederos de la deshonra que hicieren á aquel á quien heredaron, y en la que se dice que según derecho una persona es contada la del heredero y la de aquel á quien heredó; porque la sentencia recurrida declara libres de la obligación contraída por Gil Herrero á su viuda é hijos:

2° La ley 119, tít. 18, Partida 3ª, que al tratar de los medios de prueba que usan los hombres en juicio para probar sus intenciones dispone que si alguna de las partes adujese alguna carta en juicio que fuese hecha por mano de aquel contra quien se hace la demanda, ó de otro que la hubiere hecho por su mandado, si la parte contra quien aduce tal carta, como ésta la otorgare debe valer, bien así como si fuese hecha por mano de Escribano público, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1864, 14 de Febrero de 1865 y 12 de Mayo del mismo año y otras, en las que se reconoce el principio ó doctrina legal de que los documentos privados deberán producir valor en juicio cuando han sido reconocidos por quien los extendió ó por la persona nombrada, para extenderlos ú otorgarlos, puesto que el contrato de cuyo cumplimiento se trata consta en el certificado y en el plano extendido por los peritos que de común acuerdo nombraron las partes interesadas, y dichos documentos han sido reconocidos por sus autores en término de prueba y en forma legal, manifestando que con la expresión fiel de la voluntad de los interesados que les nombraron para la división concertada; no obstante lo cual niega la sentencia recurrida fuerza y valor legal en juicio á esta prueba;

Y 3° La doctrina legal de que ha lugar á la casación de una sentencia contradictoria en sus mismos términos ó en las resoluciones ó declaraciones que contenga, sancionada por las sentencias de este Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1854, 14 de Abril de 1859 y otras; pues si bien todas ellas se refieren á casos en que la contradicción resulte de un fallo que anule una ejecutoria anterior, con mayor motivo debe ser aplicable al presente, en el que la sentencia dictada se contradice á sí misma por ser opuestos los extremos que contiene, toda vez que declara en primer término que no ha lugar a la demanda por no ser cierto que haya existido el contrato que en las mismas se propone, y en segundo término que ha lugar á la reclamación por la mitad de los derechos devengados por los peritos en virtud de las operaciones practicadas á consecuencia del contrato celebrado por las partes interesadas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación sólo puede ser infringida cuando reconocida la existencia de una obligación se le niegue eficacia por falta de solemnidades externas que no sean esenciales á la misma obligación contraída:

Considerando que por ello no ha podido infringir la expresada ley citada en el primer motivo la sentencia recurrida, porque en ésta se declara no probada la existencia de la obligación que se supone con-

traída entre D. Bartolomé Atanasio Gómez y D. Bartolomé Gil Herrero, sin que contra la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora para declararlo así se haya invocado error de derecho ó de hecho en forma legal:

Considerando que lo propio sucede con la doctrina de que el contrato es ley para los contratantes, y la de que el heredero es el representante y continuador de la responsabilidad del difunto, que se suponen infringidas en el mismo motivo, así como la ley 13, tít. 9° de la Partida 7ª, haciendo supuesto de la cuestión, porque la sentencia recurrida no desconoce el valor de una y otra doctrina, sino que se limita á declarar, como ya queda dicho, que no se ha probado la existencia de la obligación:

Considerando que la Sala sentenciadora no niega eficacia á la certificación y planos de los peritos como supone el recurrente, sino que limita su alcance al objeto para que fueron nombrados dichos peritos, que no fué otro que el justiprecio y medida de la finca; pero no para probar la existencia de la obligación, y en tal concepto la sentencia recurrida no infringe la ley 119, tít. 18, Partida 3ª, ni la doctrina consignada en las sentencias que se alegan en el segundo motivo:

Considerando que la sentencia recurrida no es contradictoria en su parte dispositiva, y por lo tanto no ha infringido la doctrina legal que se cita en el tercer motivo, porque la medida y justiprecio de la finca es un hecho indepediente que ha podido ser resuelto porque no tiene relación alguna con la obligación cuya existencia se niega en aquélla;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Claudio Gómez de Sepúlveda, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 14 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Enero de 1884.)

327

Recurso de casación (15 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—ABONO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—Ha lugar al interpuesto por el Banco de España con Doña Catalina Canals (Audiencia de Palma), y se resuelve:

1° *Que los procedimientos contra los primeros y segundos contribuyentes para la cobranza de los descubiertos líquidos á favor de la Hacienda son puramente administrativos; y que según la instrucción de* 3 *de Diciembre de* 1869, *que tiene carácter de ley en sus artículos* 5°, 6° *y* 7°, *á los Jefes de la Administración económica corresponde la facultad de expedir los apremios contra los segundos contribuyentes, nombrándose Comisionados ejecutores por los funcionarios de la Administración, si bien debiendo recaer en los funcionarios que propongan los Recaudadores ó sus delegados, y siendo los Jueces de paz, hoy municipales, según el art.* 58, *los que decreten el embargo y venta de bienes en su caso del deudor:*

2° *Que si ni del espíritu ni por la letra de los mencionados artículos se desprende que el Comisionado de apremio ni el depositario judicial*

que intervinieron en los actos que motivan el presente litigio obraran como mandatarios ni dependientes en ningún concepto del Banco de España; por lo tanto la sentencia que dándoles este carácter condena al Banco de España á responder por ellos, infringe los mencionados artículos de la instrucción de 3 de Diciembre de 1869;

Y 3° Que siendo procedente la casación por uno de los motivos que se alegan, no hay necesidad de ocuparse de los demás.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Lonja de Palma de Mallorca y en la Sala de justicia de la Audiencia del territorio por Doña Catalina Canals y Castañer, vecina de dicha ciudad con el Banco de España sobre abono de daños y perjuicios; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Luis Díaz Cobeña y el Procurador D. Manuel de Diego, en defensa y representación del Banco, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. Eduardo Romero Paz y el Procurador D. Manuel Ordóñez:

Resultando que D. José Ramis, Comisionado ejecutor por la Delegación del Banco de España en Mallorca y aprobado en 10 de Noviembre de 1874 por la Administración económica de dicho punto, procedió á embargar la finca denominada Can Cullera, de la propiedad de Don Jaime Arbona, para hacer efectivas 8.667 pesetas que éste debía al Banco por razón de la recaudación de contribuciones de los pueblos de Soller y Jornallatx que había tenido á su cargo; y embargada definitivamente en 8 de Enero de 1875 dicha finca por el mismo Comisionado, se nombró depositario á D. Gaspar Fuster, portero del Juzgado municipal de Soller:

Resutando que Doña Catalina Canals, consorte de Arbona, dedujo en 8 de Agosto de 1876 demanda de tercería de dominio y de mejor derecho, fundada en que era dueña de una porción de la finca embargada á su marido, y en que sobre la parte restante tenía el derecho de usufructo y acreditaba cierta cantidad:

Resultando que pendiente la primera instancia de esta tercería, dedujo la misma Doña Catalina én 7 de Junio de 1877 interdicto de retener una porción de tierra, viña y olivar de la finca Can Cullera, de un cuartón, 88 destres y nueve décimos de cabida; alegando que D. José Ramis, en nombre y representación del Banco de España, le había llamado á la Casa Consistorial del pueblo de Soller para manifestarle que en un breve plazo abandonase una porción de dicha finca á favor del Banco para responder de la deuda que este establecimiento acreditada contra su marido, con lo cual había venido á ser perturbada la demandante en la indicada posesión, ofreciendo información acerca de este hecho y pidiendo que se tuviese por deducido el interdicto contra el Banco de España y que se dirigiese oficio al Director de la sucursal de dicho establecimiento, previniéndole que se abstuviese de ejecutar nuevos actos perturbatorios:

Resultando que el Juzgado libró el oficio pedido, al que se contestó por el Banco en comunicación firmada por D. Juan Bautista Sala que en virtud de háber sido alcanzado el Recaudador Arbona en cierta cantidad se procedió al embargo de los bienes que constituian su fianza, y habiendo resultado después que existía una escritura de venta de una porción de la tierra hipotecada á favor de la mujer de Arbona Doña Catalina Canals, se procedió á hacer el deslinde oportuno para que no fue-

se perturbada ésta en la posesión de dicha tierra: que á consecuencia de unas tercerías deducidas por Doña Catalina, hacía cerca de un año que habían sido suspendidos los procedimientos ejecutivos contra los bienes que constituían la fianza de Arbona, habiéndose limitado desde entonces aquella dependencia á hacer conservar en poder del depositario y administrador la finca embargada: que en 8 de Enero de 1875 fué nombrado depositario de la finca D. Gaspar Fuster, portero del Juzgado municipal de Soller, el cual se hallaba en el deber de dar cuenta á aquella sucursal de los rendimientos de la finca, y por consiguiente en el de impedir que ni Doña Catalina ni ninguna otra persona pudiesen entrar en ella y destrozar en un día la cosecha de todo el año: que en este terreno sería defendido el depositario por la recaudación de contribuciones, que se hallaba en el deber de defender los intereses del Banco, que debían ser considerados en el caso presente como de la Hacienda pública; y que la finca á que se refería el interdicto de retener deducido por Doña Catalina Canals era una pieza de tierra embargada por el Comisionado ejecutivo nombrado por el Banco, cuyo embargo no se había alzado todavía, por lo cual ningún derecho asistía á la Canals ni para coger el fruto ni para entrar en ella sin el permiso del depositario:

Resultando que recibida á Doña Catalina la información ofrecida y practicada acudió al Juzgado, manifestando que el despojo por ella tenido se había consumado, pues el Banco se había apoderado de la finca y la había arrojado de ella, por lo que solicitaba que teniendo por deducido el interdicto de recobrar, se decretase la restitución con todas sus consecuencias, á cuyo fin presentó un interrogatorio, que contestaron cuatro testigos:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó auto en 10 de Diciembre de 1877, declarando no haber lugar al interdicto propuesto contra el Banco, á quien se absolvió de la demanda por considerar que si bien se había justificado cumplidamente la posesión en que se hallaba la demandante del terreno que adquirió del predio Can Cullera y la perturbación que había sufrido en esta posesión, no resultaba acreditado en debida forma que el despojante hubiese sido el Banco de España ni que hubiese dado orden á sus verdaderos ó supuestos delegados pára cometer semejante extralimitación:

Resultando que en vista de esto dirigió Doña Catalina el interdicto de recobrar contra D. Gaspar Fuster como detentador material de la finca, y en auto de 22 del mismo mes de Diciembre fué estimado el interdicto mandando á Fuster que verificase en el término de tercero día la restitución, con imposición al mismo de todas las costas ocasionadas en estos autos:

Resultando que consentido este auto por Fuster y verificada la restitución acordada, compareció el Promotor fiscal, deduciendo en representación del Estado la nulidad de todo lo actuado en el interdicto, fundándose en que para reintegrarse la Hacienda de lo defraudado por el Recaudador Arbona se embargó la finca hipotecada y se nombró depositario á Fuster, y en que contra los depositarios de bienes embargados por Autoridades que tienen facultades para realizar tales embargos no caben interdictos:

Resultando que el Juez en auto de 30 de Enero de 1878 dejó sin efecto el del 22 del mes anterior y todo lo obrado en su consecuencia, y mandó restituir en la finca al depositario nombrado; mas apelado es-

te auto por Doña Catalina Canals, fué revocado por sentencia de la Sala de justicia de la Audiencia de Mallorca de 25 de Octubre de dicho año 1878, que dejó sin efecto todo lo actuado desde la comparecencia del Promotor fiscal, y mandó devolver las actuaciones al Juzgado para que repusiera las cosas al estado que tenían en la citada época, sin perjuicio del derecho de D. Gaspar Fuster, que podría utilizar en juicio ordinario:

Resultando que repuesta de nuevo Doña Catalina Canals en la posesión de la finca, se convocó á su instancia á ambas partes á juicio verbal para fijar el importe de los daños y perjuicios que fueron apreciados en providencia de 14 de Diciembre en 500 pesetas, figurando entre ellos los honorarios y derechos del Letrado y Procurador; y aprobada también en providencia de 11 de Febrero del siguiente año la tasación de costas que se practicó, se reclamó el pago de D. Gaspar Fuster, que resultó insolvente, según se hizo constar por diligencia:

Resultando que en su consecuencia dedujo Doña Catalina Canals demanda civil ordinaria, que obra al folio 187 de los autos, en la que partiendo del hecho de que había interpuesto interdicto de recobrar contra D. Gaspar Fuster, representante ó delegado del Banco de España en Soller, y condenado dicho despojante al pago de todas las costas había resultado insolvente; y alegando que el mandante es responsable de los actos del mandatario, así como del pago de las costas, gastos y perjuicios ocasionados por éste, sin perjuicio de la acción que contra el mismo tenga el mandante en el caso de haberse extralimitado en el ejercicio de su cargo, pidió que en uso de la acción personal que ejercitaba se condenase al Banco de España al pago de todas las costas, gastos y perjuicios que se le habían originado en estos autos desde su principio, así como de las causadas ante la Audiencia y de las que se causasen en lo sucesivo; solicitando por un otrosí que se citase y emplazase á D. Gaspar Fuster:

Resultando que el Director de la Sucursal del Banco de Mallorca se opuso á la demanda, alegando que Fuster no fué nombrado depositario por aquel establecimiento, sino por el Comisionado de apremios elegido por la Administración económica en el expediente de apremio instruído por dicho Comisionado con arreglo á la instrucción de 3 de Diciembre de 1869, en el que se embargó la finca en concepto de pertenecer al Recaudador Arbona con el solo encargo que la ley confiere á los depositarios de bienes embargados: que tan pronto como se vió que en el embargo se había comprendido una porción de finca adquirida por la demandante que iba unida á la de su marido, se procedió á su deslinde á fin de que no fuese perturbada aquélla en la posesión de su finca: que reconociendo la demandante que su finca estaba embargada por la Autoridad administrativa, dedujo demanda de tercería de dominio para que se levantara el embargo, y pendiente esta tercería promovió los interdictos referidos al principio: que en estos procedimientos sumarísimos no recayó ni aun con respecto á Fuster otra condena que la de restitución de la posesión y pago de las costas de la primera instancia, y aunque se fijaron cantidades por perjuicios lo fueron sin justificación alguna de que lo hubiese, y hasta confundiendo las ideas y los conceptos se fijaron como perjuicios cantidades devengadas como costas: que en ninguna de las actuaciones referidas había tenido intervención alguna el Banco demandado, y era inexacto que Fuster fuese su representante ó delegado, por lo cual era claro que la

demanda carecía de fundamento: que la Autoridad que en ejercicio de sus funciones embarga una finca en expediente de apremio para el pago de deudas no comete despojo ni procede el interdicto de recobrar contra el acto del embargo, y sí únicamente la tercería de dominio por parte del que se considere dueño de la finca embargada: que además el Banco mismo podría ser responsable de los abusos que hubiera podido cometer un depositario nombrado por el Juzgado que verificó el embargo; y que siendo doctrinas jurídicas que lo obrado en unos autos no puede perjudicar á las personas que no han tenido intervención en ellos, y que ningún litigante puede ir contra lo juzgado, era evidente que lo actuado en los presentes no podía causar perjuicio alguno al Banco, que ninguna intervención había tenido en ellos, ni la demandante podría ir contra las ejecutorias dictadas en los interdictos:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron ambas partes lo dicho y alegado en los anteriores, y recibido el pleito á prueba, se utilizó el trámite por ambas con diferentes justificaciones:

Resultando que la Sala de justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca dictó sentencia confirmatoria en 27 de Enero próximo pasado, declarando que el Banco de España es responsable del pago de todas las costas causadas en estos autos hasta el folio 181, con inclusión de las ocosionadas ante aquella Audiencia con motivo de las apelaciones interpuestas en los escritos de 31 de Enero y 7 de Febrero de 1878, como también del importe de los gastos y perjuicios fijados en la providencia de 14 de Diciembre de dicho año, y condenándole en su consecuencia al pago de dichas responsabilidades pecuniarias en el término de 10 días:

Resultando que acreditando tener constituído el depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes, interpuso el Banco de España recurso de casación, citando en su apoyo como infringidas:

1° La ley 13, tít. 22 de la Partidad 3ª, que dispone que no vale el segundo juicio que fué dado contra el primero; la ley 19 del mismo título y Partida, que declara qué fuerza ha el juicio, y la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en diferentes sentencias, especialmente en las de 12 de Noviembre de 1856, 12 de Febrero de 1864 y 3 de Junio de 1865, en el concepto de que habiendo sido absuelto el recurrente en la sentencia de 10 de Diciembre de 1877, dictada en los interdictos de Doña Catalina Canals, por no estar acreditado que fuese el despojante y condenado en este concepto Gaspar Fuster en la sentencia de 22 del mismo mes, no ha podido el fallo recurrrido atribuir al recurrente aquel carácter é imponer la responsabilidad consiguiente sin contradecir y anular lo establecido en las dos sentencias susodichas, qué fueron consentidas por la parte contraria y causaron ejecutoria respecto de los puntos concretos que resolvieron:

2° La doctrina jurídica conforme con las disposiciones de la ley 20, tít. 22, Partida 3ª, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida en sentencias de 4 de Octubre de 1860, 14 de Abril de 1864 y 12 de Noviembre de 1867, de que las sentencias de los Tribunales no perjudican sino á los que han sido parte en el juicio en que recaen, porque el fallo recurrido hace extensiva é impone directamente al Banco recurrente, que no fué parte en el interdicto seguido por Doña Catalina Canals contra D. Gaspar Fuster, las responsabilidades pecunarias que allí se declararon y determinaron contra el detentador material ó causante del despojo:

3° La instrucción de 3 de Diciembre de 1869, relativa al modo de proceder para hacer efectivos los débitos á favor de la Hacienda pública en sus artículos 5°, 6°, 7° y 58, en el primero de los cuales se confiere á los Jefes administrativos la facultad de expedir los apremios contra los segundos contribuyentes; en el segundo se dispone el nombramiento de Comisionados ejecutores para instruir los expedientes á que den lugar dichos apremios; en el tercero se reserva á los Administradores económicos el nombramiento de los referidos Comisionados, y en el último se atribuye á los Jueces municipales la facultad de decretar el embargo de los bienes de los segundos contribuyentes alcanzados, con todas sus materiales consecuencias; en el concepto de que ni por el origen de sus respectivo cargos, ni por la índole de sus funciones, ni por la responsabilidad de las reglas legales á que tenían que ajustarse en su ejercicio, pueden considerarse como dependientes ó subalternos del Banco de España que obraran con arreglo á sus órdenes y le obligaran personalmente con sus actos ni el Comisionado de apremios que practicó el embargo de la finca denominada Can Cullera ni el Administrador ó Depositario judicial que se posesionó de ella, dando pretexto á los interdictos de Doña Catalina Canals;

Y 4° La ley 21, tít. 34, Partida 7ª, que dice que quien da razón para que venga daño á otro, él mismo se entiende que lo face; y la 14 del mismo título y Partida, que declara que no face tuerto á otro quien usa de su derecho, en el concepto de la primera, de estar mal aplicada en el fallo recurrido, bajo el supuesto equivocado de que los causantes del despojo que motivaron los interdictos de Doña Catalina Canals obraron como dependientes del Banco recurrente y siguiendo sus instrucciones, y la segunda en el sentido de que al promover el recurrente el expediente de apremio contra su subalterno Arbona, cuyo expediente dió margen al embargo y depósito de la finca objeto de los repetidos interdictos, no hizo más que ejercitar un derecho legítimo y que le compete como subrrogado en el lugar de la Hacienda en cuanto se refiere á la recaudación de contribuciones:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que los procedimientos contra los primeros y segundos contribuyentes para la cobranza de los descubiertos líquidos á favor de la Hacienda son puramente administrativos, y que según la instrucción de 3 de Diciembre de 1869, que tiene carácter de ley en sus artículos 5°, 6° y 7°, á los Jefes de la Administración económica corresponde la facultad de expedir los apremios contra los segundos contribuyentes, nombrándose Comisionados ejecutores por los funcionarios que propongan los Recaudadores ó sus delegados, y siendo los Jueces de paz, hoy municipales, según el art. 58, los que decretan el embargo y venta de bienes en su caso del deudor:

Considerando que ni del espíritu ni por la letra de los mencionados artículos se desprende que el Comisionado de apremio ni el Depositario judicial que intervinieron en los actos que motivan el presente litigio obraron como mandatarios ni dependientes en ningún concepto del Banco de España, y por lo tanto la sentencia quedándoles este carácter condena al Banco de España á responder por ellos, infringe los mencionados artículos de la instrucción de 3 de Diciembre de 1869, alegados como motivos de casación:

Considerando que siendo ésta procedente por la razón indicada, no

hay necesidad de ocuparse de los demás motivos que se alegan por la parte recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Banco de España, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 27 de Enero próximo pasado dictó la Sala de justicia de la Audiencia de Palma de Mallorca; y devuélvasele el depósito de 1.000 pesetas que tiene constituído.—(Sentencia publicada el 15 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Enero de 1884.)

328

Recurso de casación (19 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera*.—Desahucio.—No ha lugar al interpuesto por Doña Petra Gutiérrez Gil con D. Juan Lorenzo Ayala (Audiencia de las Palmas), y se resuelve:

Que si bien al comprador no se trasmiten más derechos que los que tiene el vendedor, debe esto entenderse sin perjuicio de los que se adquieren por terceros cuando los asientos del Registro les demuestra que la finca está libre de toda limitación.

En la villa y corte de Madrid, á 16 de Noviembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en los Juzgados municipal y de primera instancia de la ciudad de las Palmas, por D. Juan Lorenzo Ayala, vecino de dicha ciudad, Procurador, representado por el Procurador D. Daniel Doze bajo la dirección del Doctor D. Eugenio Montero Ríos, con Doña Petra Gutiérrez Gil, de la propia vecindad, representada y defendida por el Procurador D. Juan Hernández Baura y el Licenciado D. Juan Alvarado, sobre desahucio:

Resultando que en 27 de Setiembre de 1876, D. Juan Bautista Ripoche firmó un documento privado por el que se obligó á vender á Doña Petra Gutiérrez Gil, ó á la persona que ésta le designase, sin que le exhibiera precio alguno, la casa situada en la calle de la Cuna, de la ciudad de Las Palmas, que la habia comprado en aquel mismo día en 3.000 pesos, tan pronto como la Doña Petra le satisficiese la cantidad que le adeudase y le abonase lo que Ripoche pagase á cuenta de las responsabilidades que afectaban la finca, obligándose entre tanto á dejarle dicha casa en inquilinato, sin alquileres, pero siendo de su cuenta reparos y contribuciones:

Resultando que en 22 de Abril de 1880 D. Juan Bautista Ripoche vendió á D. Juan Lorenzo Ayala una casa sita en la calle de la Cuna ó de Santo Domingo, núm. 23, de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, en precio de 13.125 pesetas que confesó tener recibidas del comprador, obligándose á la evicción y saneamiento en legl forma; manifestó que la casa se hallaba libre de todo gravamen y que la había adquirido por compra á Doña Petra Gutiérrez Gil, según escritura de 27 de Setiembre de 1875:

Resultando que en 16 de Octubre de 1880 D. Juan Lorenzo Ayala, acompañando la referida escritura y certificación del acto conciliatorio sin resultado, demandó en juicio verbal á Doña Petra Gutiérrez, sobre

desahucio de la precitada casa, fundado en el núm. 1° de la ley de 18 de Junio de 1877, mediante haber espirado el plazo de 30 días que deben concederse á los que tienen en precario una finca urbana, y aun el de 40 que ha de darse de aviso con arreglo á la costumbre general:

Resultando que convocadas las partes á juicio, Ayala reprodujo su demanda, y Doña Petra Gutiérrez, después de haber propuesto la excepción de litispendencia, porque existían autos sobre desahucio de la propia finca entre D. Juan Bautista Ripoche y la Doña Petra, pidió se le absolviera de la demanda, porque según el documento privado que producía de 27 de Febrero de 1875, D. Juan Bautista Ripoche no había podido vender á D. Juan Lorenzo Ayala la casa objeto de desahucio sin consultar antes la voluntad de la Doña Petra, que tenía la preferencia sobre todos y cualquiera para comprar la casa: que no podía decirse que las obligaciones personales entre Ripoche y la demandada no afectan á Ayala, porque el de compraventa entre aquél y éste es simulado, y como tal nulo y sin valor, y que aun cuando fuese real, hallándose Ayala impuesto de dicho documento al adquirir la finca quedó sujeto á las obligaciones que con él contrajo Ripoche; el actor replicó insistiendo en su demanda, alegando que al comprar la casa lo hizo sin gravámenes ni relación con documentos privados que desconocía; por lo que si algún derecho tenía la demandada contra Ripoche debía reclamarle de éste, toda vez que su derecho es personal, y que era falsó cuanto exponía respecto á ser la venta simulada, puesto que según la escritura fué real y efectiva:

Resultando que practicadas las pruebas que las partes propusieron, el Juez municipal dictó sentencia, que fué confirmada por el de primera instancia en 1° de Diciembre de 1882, declarando haber lugar al desahucio, y en su consecuencia condenó á Doña Petra Gutiérrez á que dentro de los ocho días siguientes al en que esta sentencia causase ejecutoria deje libre y á disposición del actor la finca objeto de desahucio, apercibida de lanzamiento con las costas, reservando á la demandada su derecho contra D. Juan Bautista Ripoche para que lo deduzca en la forma y ante quien hubiere lugar:

Resultando que declarado por la Sala tercera de este Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma que interpuso Doña Petra Gutiérrez Gil, formuló el fundado en infracción de ley, alegando como motivos:

Que en los autos consignaba que el demandante Ayala admitió el contenido del documento privado que D. Juan Bautista Ripoche otorgó á favor de Doña Petra Gutiérrez, y en el en que entre otras cosas se comprometió á mantener á ésta en quieta y pacífica posesión de la casa hasta que se verificara la venta de ésta: que el derecho de Ripoche tenía por tanto una limitación, y un derecho limitado era el que podía trasmitir á Ayala: que esta doctrina se halla consignada, entre otras, en sentencia de este Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1855, en la que se declara que por la venta no se trasmiten al comprador más derechos que los que tiene el vendedor, trasfiriéndose al propio tiempo los gravámenes; doctrina que ha sido infringida en la sentencia al decir que D. Juan Bautista Ripoche trasmitió á D. Juan Lorenzo Ayala la plena propiedad de la casa sin limitación alguna:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe la doctrina invocada en el motivo expuesto, porque si bien al comprador no se trasmiten más

derechos que los que tiene el vendedor, debe esto entenderse sin perjuicio de los que se adquieren por terceros cuando los asientos del Registro les demuestra que la finca está libre de toda limitación, como sucedió en el caso presente, puesto que el contrato celebrado por la recurrente y en que no intervino D. Juan Lorenzo Ayala, no estaba ni podía estar inscrito por su carácter privado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Petra Gutiérrez Gil, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna se distribuirá con arreglo á la ley; líbrese la correspondiente certificación al Juzgado de primera instancia de Las Palmas.—(Sentencia publicada el 16 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 21 de Enero de 1884.)

329

Recurso de casación (16 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN.—No se admite el interpuesto por Doña Rita Crice con D. Hipólito Lahera (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que según lo dispuesto en los artículos* 1689 *y* 1690 *de la ley de Enjuiciamiento civil, se da recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias; y que tienen este concepto las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:*

2º *Que no tiene el carácter de definitiva la sentencia que decide la excepción de incompetencia, porque no pone término al pleito, antes bien facilita su continuación;*

Y 3º *Que no puede haber lugar al recurso de casación á que se refiere el caso* 6º *del art.* 1692, *si por razón de la materia no ha habido abuso, exceso ó defecto en el ejercicio de la jurisdicción conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial.*

Resultando que deducida demanda civil ordinaria por D. Hipólito Lahera contra Doña Rita Crice sobre entrega de un piano, que correspondió al Juzgado del distrito del Centro de esta corte, opuso la parte demandada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, fundada en que no había sido repartida dicha demanda entre los Juzgados de primera instancia, y en todo caso entre las Escribanías:

Resultando que desestimada en ambas instancias esta excepción, dedujo Doña Rita Crice recurso de casación por infracción de ley, á cuya admisión se opuso el Ministerio fiscal:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Francisco Bustamante:

Considerando que según lo dispuesto en los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, se da recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, y que tienen este concepto las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que la sentencia recurrida no tiene el caracter de de-

finitiva, porque al decidir la excepción de incompetencia no pone término al pleito, pues más bien facilita su continuación;

Y considerando que tampoco puede haber lugar al recurso de casación á que se refiere el caso 6° del art. 1692, porque por razón de la materia no ha habido abuso, exceso ó defecto en el ejercicio de la jurisdicción conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial;

No ha lugar á la admisión del recurso interpuesto por Doña Rita Crice, á quien se condena al pago de las costas: publíquese este auto en la *Gaceta* y en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento remitido.—(Sentencia publicada el 16 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 3 de Diciembre del mismo año.)

330

Recurso de casación (17 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—Liquidación de cuentas.—No se admite el interpuesto por Don Antonio Márquez Villarroya con D. José Muñoz (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que para la admisión del recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina es requisito indispensable exigido en el núm. 3° *del artículo* 1729, *relacionado con el anterior de la ley de Enjuiciamiento civil, que la sentencia tenga el concepto de definitiva, conforme al artículo* 1690, *según el cual tendrán el concepto de tales, para los efectos del art.* 1689, *en su caso* 1°, *las que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación.*

Resultando que seguido pleito por D. José Muñoz Pagazaurtundúa con D. Antonio Márquez Villarroya, por sentencia firme de 5 de Abril de 1872 se condenó al Márquez al pago de 160.000 rs., intereses á razón del 8 por 100 al año y costas: que en ejecución de esa sentencia se practicaron varias regulaciones de principal, intereses y costas, dando la última liquidación que se practicó un saldo á favor del acreedor de 90.591 pesetas:

Resultando que en 20 de Abril de 1882 D. Antonio Márquez formuló demanda contra D. José Muñoz sobre aprobación de cierta liquidación de cuentas que sostiene celebraron ambos interesados en 30 de Marzo de 1875, y que sólo arrojaba un saldo á favor de Muñoz de 90.000 reales; y por un otrosí fundado en que al Muñoz no se le conocían más bienes que el sueldo de 10 rs. que ganaba como empleado, por lo que se defendía en concepto de pobre, pidió se decretara de cuenta, cargo y riesgo de Márquez el embargo preventivo del crédito de los 160.000 reales que Muñoz estaba reclamando á aquél por la vía de apremio; y por providencia de 1° de Mayo, en vista de las razones que se alegan y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1400 al 1403, 1409, párrafo segundo; 1412 y 1428 de la ley de Enjuiciamiento civil, se mandó el embargo preventivo del crédito de 160.000 rs., intereses y costas que Muñoz estaba reclamando á Márquez por la vía de apremio, y que para la práctica del embargo se formase la correspondiente pieza separada:

Resultando que D. José Muñoz, al contestar á la demanda por un otrosí oponiéndose al embargo practicado á instancia de Márquez, solicitó que desde luego se alzara y dejara sin efecto dicho embargo, condenando al actor en la indemnización de daños y perjuicios y costas del incidente: que recibido el pleito á prueba, y practicadas las propuestas, el Juez de primera instancia del distrito de Palacio dictó sentencia, de la que interpusieron apelación ambas partes, y la Sala segunda de la Audiencia por sentencia de 31 de Enero último, revocando la del Juez, dejó sin efecto el embargo preventivo acordado en providencia de 1° de Mayo de 1882 del crédito de 160.000 rs., intereses y costas reclamados por D. José Muñoz en el pleito seguido á su instancia contra D. Antonio Márquez, condenando á éste en todas las costas de la primera instancia, sin hacer condena de las de segunda, y á la indemnización á Muñoz de los daños y perjuicios que se le hayan irrogado con ocasión de dicho embargo:

Resultando que por parte de D. Antonio Márquez Villarroya se interpuso recurso de casación, fundado en la infracción de las disposiciones legales que citó:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Marcos Cubillo:

Considerando que para la admisión del recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina es requisito indispensable exigido en el núm. 3° del art. 1729, relacionado con el anterior de la ley de Enjuiciamiento civil, que la sentencia tenga el concepto de definitiva, conforme al art. 1690, según el cual tendrán el concepto de tales, para los efectos del art. 1689, en su caso 1°, los que recayendo sobre un incidente ó artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación:

Considerando que la sentencia recurrida de 31 de Enero de 1883 no merece el concepto de definitiva por lo que ordena, puesto que habiendo recaído sobre un incidente, no pone término al pleito de que éste nació de tal modo que haga imposible su continuación, por no producir esta imposibilidad legal el hecho de estar ó no asegurada la efectividad de la sentencia que en el juicio recayó;

No há lugar á la admisión del recurso; se condena al pago de las costas á la parte recurrente, y dése conocimiento de este auto á la Sala segunda de la Audiencia de Madrid para los efectos legales correspondientes, con devolución del apuntamiento: publíquese en la *Gaceta* é insértese en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias.—(Sentencia publicada el 17 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

331

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (17 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—PAGO DE CANTIDAD.—No ha lugar al interpuesto por la Sociedad *Menéndez y sobrinos* con Don Gregorio y Doña Socorro de Armas (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que no existe la falta de personalidad atribuida al Procurador de los ejecutantes, por la renuncia de los poderes generales en él sus-*

tituidos que hizo en otro negocio en representación de uno de los poderdantes, porque esta renuncia no podía invalidar la que viene ostentando en el presente á nombre de todos, y menos cuando lo realizó en unión del apoderado principal; por lo que el recurso de casación por quebrantamiento de forma carece de fundamento legal en este concepto:

2º *Que si bien se alegó dicha falta como excepción en el juicio ejecutivo, por más que no fuera de las admisibles conforme á la ley, si es lo cierto que no se reclamó como quebrantamiento de forma, ni se pidió su subsanación en la primera instancia de una manera expresa y cual se requiere por el art.* 1019 *de la ley de Enjuiciamiento civil de* 5 *de Octubre de* 1855, *ni aun se pretendió la nulidad de lo actuado, y sí sólo que no recayera sentencia de remate; no puede estimarse dicha falta como motivo de casación:*

3º *Que la falta de personalidad opuesta en la segunda instancia á una de las ejecutantes con motivo de haber fallecido su esposo. no existe tampoco, porque no hay disposición alguna legal que exija que se dé nuevo poder cuando el marido no ha hecho otra cosa que concurrir para que el otorgado por su esposa lo sea con licencia del mismo, y por consiguiente la muerte de éste no invalida el ya admitido;*

Y 4º *Que con arreglo á lo dispuesto en el art.* 1006 *de dicha ley, es procedente la denegación de prueba en segunda instancia por dejarse de hacer en primera instancia, si esto no fué realmente por falta de tiempo ó por causa no imputable á la parte ejecutada, y sí por su mayor ó menor negligencia y por haberse propuesto sacar á los testigos de su domicilio y llevarlos á otro Juzgado á contestar el contrainterrogatorio, sin haber apurado por otra parte los recursos ordinarios para conseguirlo, ya que por ocupaciones unos y por falta de medios otros excusaron el no poderse prestar á su traslación á cierta distancia.*

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Noviembre de 1883, en el pleito ejecutivo seguido en el Juzgado de primera instancia de Matanzas y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por D. Gregorio y Doña Socorro de Armas y Cobas, propietarios, vecinos de la villa de Colón el primero y de Corral Falso de Mascurijas la segunda, con la Sociedad *Menéndez y sobrinos*, de la plaza de Matanzas; pendientes en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la Sociedad ejecutada, que ha sido defendida y representada por el Licenciado D. Manuel Alonso Martínez y el Procurador D. Manuel Martín Veña, habiéndolo sido los ejecutantes por el Licenciado D. Adolfo Aguirre y el Procurador Don Daniel Doze:

Resultando que en 21 de Agosto de 1879 dedujo el Procurador Don Antonio María de Guzmán demanda ejecutiva en nombre de Doña Socorro y D. Gregorio de Armas contra la Sociedad Menéndez y sobrinos, acompañando dos poderes generales otorgados por éstos á favor del Letrado D. Andrés Trujillo, con la sustitución de éste á los Procuradores D. Antonio M. Guzmán y D. Federico Vinajeras, así como una escritura de venta del ingenio San José como título ejecutivo; alegando en su apoyo que sus representados habían vendido á D. Ramón Menéndez, por sí y como Gerente de la Sociedad Menéndez y sobrinos, el ingenio de fabricar azúcar titulado San José por la suma de 270.000 pesos en oro, para cuyo pago fijaron diferentes plazos: que la Sociedad no había satisfecho el plazo vencido en 31 de Julio anterior, negándose á ello bajo el pretexto de carecer de numerario: que en la escritura de

venta se estipuló como condición precisa del contrato que en el caso de falta de pago de cualquiera de los plazos á su vencimiento se entenderían todos vencidos, devengando el total importe de ellos un interés de 12 por 100 anual en oro, quedando en aptitud los vendedores para ejecutar á la Sociedad Menéndez y sobrinos ó á cualquiera de los compradores por el capital é intereses y el abono de daños y perjuicios, y que este derecho era consecuencia del contrato, el cual es ley para los contratantes, y se trataba de cantidad líquida, ó sea de 140.000 pesos, siendo cierto el deudor y el plazo vencido:

Resultando que despachada la ejecución, quedó suspendido el juicio á instancia de ambas partes por virtud de transacción hasta 19 de Agosto de 1880, en que se reprodujo la demanda ejecutiva por medio del Procurador D. Federico Vinajeras:

Resultando que mandada despachar la ejecución esta segunda vez por sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana de 9 de Mayo de 1881, y despachada en efecto por el Juzgado, fué embargado el ingenio San José y citado de remate el Gerente de la Sociedad D. Federico Maribona:

Resultando que la Sociedad Menéndez y sobrinos opuso á la ejecución las excepciones de pago y compensación y la de falta de personalidad en el Procurador de los ejecutantes, alegando respecto de esta última que dicho Procurador tenía renunciado solemnemente ante los Tribunales el poder con que había comparecido en estos autos, cuya renuncia había sido notificada en forma á sus poderdantes, y que según el art. 17 de la ley de Enjuiciamiento civil, la representación del Procurador cesa por desistimiento del mismo, hecho saber judicialmente á su representado:

Resultando que los ejecutantes negaron que su Procurador Vinajeras hubiese renunciado el poder en estos autos, alegando además que no hay ley que prohiba que se use en un juicio dado el poder que se renuncia en otro, máxime cuando se hace con consentimiento del apoderado principal; y que el art. 363 de la ley de Enjuiciamiento civil, que fija las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo, no consigna la de falta de personalidad en el Procurador, sino en el ejecutante, la cual no había sido alegada:

Resultando que recibido el pleito á prueba, declaró D. Federico Vinajeras que era cierto había renunciado el poder que llevaba á nombre de Doña Socorro de Armas tan sólo en un expediente de apremio seguido en el Juzgado del distrito del Norte de aquella ciudad contra la Sociedad Menéndez y sobrinos, no recordando si aquel poder era el mismo que consta en estos autos; pero sí que la renuncia la hizo sólo y exclusivamente en aquel expediente y por motivos especiales, y que lejos de haber renunciado el poder con que ha comparecido en estos autos, había usado de él con el consentimiento de su poderdante Don Andrés Trujillo y con el de los ejecutantes:

Resultando que á instancia de la Sociedad ejecutada fué librado un exhorto al Juzgado de Colón con el fin de citar á varios testigos para que comparecieran á declarar ante el exhortante; y espirado el término de prueba sin que dichos testigos comparecieran, fué devuelto el exhorto por la Sociedad demandada, con un escrito en que protestó utilizar este medio de prueba en la segunda instancia:

Resultando que el Juzgado tuvo por hecha la protesta, y en 23 de Setiembre de 1881 dictó sentencia declarando no haber lugar á pro-

nunciar la de remate y mandando alzar el embargo del ingenio San José, y que se uniera á los autos el pliego cerrado de repreguntas presentado por la parte ejecutada:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia de la Habana por virtud de apelación, oída libremente á Doña Socorro y D. Gregorio de Armas, y personadas ambas partes evacuaron los traslados de instrucción, solicitando la Sociedad Menéndez y sobrinos se practicara la prueba de testigos que no pudo tener efecto en la primera instancia, á cuyo efecto se recibiera el pleito á prueba por término de 20 días y se reclamara el pliego de repreguntas que no se había unido á los autos á pesar de ordenarlo así la sentencia, y protestando para los efectos del artículo 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil la falta de personalidad en el Procurador D. Federico Vinajeras:

Resultando que por auto de 22 de Mayo de 1882 negó la Audiencia el recibimiento á prueba pedido y tuvo por hecha la protesta, y suplicado el auto por la indicada Sociedad, que al propio tiempo alegó la falta de personalidad en aquella instancia de la ejecutante Doña Socorro de Armas y de su Procurador D. Esteban de la Tejera, fundándose en que habiendo fallecido el marido de aquélla había perdido toda su fuerza y valor el poder por él otorgado á favor de D. Andrés Trujillo y por tanto la sustitución de éste en el Procurador Tejera, dictó auto la Sala sentenciadora en 30 del mismo mes, confirmando el auto suplicado y declarando sin lugar la falta de personalidad alegada en la ejecutante y su Procurador; cuyo auto fué también confirmado respecto de este último extremo, del que suplicó la Sociedad Menéndez y sobrinos:

Resultando que terminada así la sustanciación de la instancia, previa citación y vista, dictó sentencia la Sala susodicha en 12 de Junio de 1882, revocando la apelada y declarando no haber lugar á las excepciones propuestas de falta de personalidad, compensación y pago, mandando seguir adelante la ejecución hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y con su producto entero pagó á Doña Socorro y D. Gregorio de Armas de la cantidad reclamada, con los intereses de 12 por 100 anual y las costas causadas y que en adelante se causaren:

Resultando que la Sociedad Menéndez y sobrinos interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundándolo en los casos 2° y 4° del art. 1011 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea en la falta de personalidad en el Procurador de los ejecutantes en la primera instancia, en la falta de personalidad durante la segunda instancia de Doña Socorro de Armas y de su Procurador Tejera, y en la de no haberse recibido el pleito á prueba en dicha segunda instancia, como procedía con arreglo á derecho:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que no existe la falta de personalidad atribuída al Procurador D. Federico Vinajeras, toda vez que la renuncia de los poderes generales en él sustituídos y que hizo en otro negocio en representación de uno de los poderdantes no podía invalidar la que viene ostentando en el presente á nombre de todos, y menos cuando lo realizó en unión del apoderado principal; por lo que el recurso de casación por quebrantamiento de forma carece de fundamento legal en este concepto:

Considerando que si bien se alegó dicha falta como excepción en el juicio ejecutivo, por más que no fuera de las admisibles conforme á la ley, es lo cierto que no se reclamó como quebrantamiento de forma, ni

se pidió su subsanación en la primera instancia de una manera expresa y cual se requiere por el art. 1019 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1885, ni aun se pretendió la nulidad de lo actuado, y sí sólo que no recayera sentencia de remate:

Considerando que la falta de personalidad opuesta en la segunda instancia á uno de los ejecutantes Doña Socorro de Armas con motivo de haber fallecido su esposo no existe tampoco, porque no hay disposición alguna legal que exija que se dé nuevo poder cuando el marido no ha hecho otra cosa que concurrir para que el otorgado por su esposa lo sea con licencia del mismo, y por consiguiente la muerte de éste no invalida el ya admitido:

Considerando que la denegación de la prueba en segunda instancia ha sido procedente, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1006 de dicha ley, porque la que dejó de hacerse en primera instancia no fué realmente por falta de tiempo ó por causa no imputable á la parte ejecutada, y sí por su mayor ó menor negligencia y por haberse propuesto sacar á los testigos de su domicilio ó llevarlos á otro Juzgado á contestar el contrainterrogatorio sin haber apurado por otra parte los recursos ordinarios para conseguirlo, ya que por ocupaciones unos y por por falta de medios otros excusaron el no poderse prestar á su traslación á cierta distancia:

Considerando que no se ha incurrido por tanto en las faltas mencionadas en los números 2° y 4° del art. 1013 de dicha ley, y que en su virtud no procede el recurso por quebrantamiento de forma en ninguno de los conceptos referidos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la Sociedad *Menéndez y sobrinos*, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito constituído, que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 17 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

332

Recurso de casación en asunto de Ultramar (20 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de pesos.—No ha lugar al interpuesto por la sucesión de D. Joaquín Ramírez de Velasco con Doña Josefa Barroso (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que es doctrina legal repetidamente proclamada por el Supremo Tribunal que contra la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora no se da el recurso de casación, á no ser que se haya cometido infracción de ley ó de doctrina especial en la materia*:

2° *Que si la absolución de la demanda con que pone fin al juicio la sentencia recurrida se funda principalmente en que la Sala, analizando las pruebas suministradas por las partes, ha deducido y declarado que no están justificadas la naturaleza ni las condiciones esenciales del contrato sobre salarios, invocada por la demandante, son inaplicables al caso la doctrina fundada en la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, que ordena que la sentencia debe ser congruente con las acciones y excepciones pro-*

puestas; las reglas de la crítica racional que según sentencia del Tribunal Supremo no son otra cosa que una función del entendimiento, que analiza y sintetiza los hechos sometidos al juicio del juzgador, conforme á las reglas inflexibles de la lógica; el art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil; la doctrina del Supremo Tribunal que afirma que los Tribunales deben emplear para la apreciación de las pruebas las reglas de la crítica racional, y no formar su criterio por conjeturas; la ley 4ª, tít. 13 de la Partida 3ª, que enumera las condiciones que debe tener la confesión judicial, y la 3ª del mismo título y Partida que le da el mismo valor á la rebeldía en que incurra el demandante por no contestar á la pregunta que se le haga sobre cosa que pertenece al pleito; las 1ª, 2ª, 5ª y 6ª del mismo título y Partida, y la 4ª y 5ª, tít. 28, libro 11 de la Novísima Recopilación, que tratan de los requisitos de la confesión judicial, y las sentencias del Tribunal Supremo por las cuales se exige que la confesión judicial sea sobre hecho, cosa ó cuantía cierta; la ley 3ª, tít. 8º, Partida 5ª, que trata del arrendamiento de industria, y la doctrina legal de que la merced es requisito esencial en el arrendamiento; la doctrina consignada implícitamente en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual las reglas de la sana crítica imponen la seguridad racional y legal de que la prueba de confesión de parte y lo que se deduce de documentos vale más que la que procede de la deducción de un hecho, de la conjetura ó de la suposición; la doctrina conteste y regla inconcusa en cuestión de pruebas de que éstas han de ser afirmativas; la regla lógica en materia de pruebas de que la que se admita por los demandados ha de destruir la presentada por el actor para que pueda dársele preferencia sobre ésta, y el axioma de derecho de que el heredero es la continuación de la persona jurídica del difunto: por encaminarse la alegación de estos motivos á impugnar en diversos conceptos la apreciación hecha por la Sala en uso de sus facultades:

3º Que si la Sala sentenciadora desestimó la eficacia de los hechos sometidos en forma de posiciones á la declaración de la demandada, no porque se la declarase confesa en rebeldía, sino porque no siéndole propios ó personales esos hechos no podían perjudicarle; y porque ni apreciados en abstracto ni en conjunto con los demás elementos probatorios del pleito demostraban tampoco á satisfacción de la ley y de la crítica racional la existencia ni las condiciones esenciales de un contrato sobre salarios que no se funda en documento público ni privado, y que se dice concertado con el causante del antecesor de la demandada 18 años antes de reclamarlos judicialmente; no se infringen las seis primeras leyes del título 13 de la Partida 3ª, la 4ª y 5ª, tít. 28, libro 11 de la Novísima Recopilación y la doctrina del Tribunal Supremo que exige que la confesión judicial sea sobre hecho, cosa ó cuantía cierta;

Y 4º Que carece completamente de objeto la impugnación de la prescripción de la acción ejercitada, desde el momento que se declara sin existencia legal el contrato originario de aquélla.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Jesús y María de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Joaquín Ramírez y Velasco, y por su defunción la sucesión del mismo, representada por sus hermanos, y en su nombre el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez, bajo la dirección del Licenciado D. Rafael de Labra, con Doña Josefa Barroso y Almeida, defendida por

el Doctor D. Benito Gutiérrez y Fernández, bajo la representación del Procurador D. Mauricio Castañares, sobre pago de pesos:

Resultando que en 4 de Julio de 1874 dedujo D. Joaquín Ramírez y Velasco la demanda objeto de este pleito, en la que expuso como hechos que había sido dependiente de D. Diego Silvera y administrado sus bienes desde 5 de Diciembre de 1856 á 28 de Noviembre de 1866, con la asignación mensual de 8 onzas de oro, de que entonces no necesitó por contar con algunos recursos, prestándose á sus propósitos no percibir la retribución de su trabajo hasta que con ella pudiera reunir una suma capaz de proporcionarle un porvenir; que ocurrido el fallecimiento de D. Diego Silvera le heredó su hermano D. Cecilio, á quien se dirigió el demandante para el cobro de los salarios devengados durante dicho tiempo, y aun cuando D. Cecilio jamás se los negó, no llegó á pagárselos: que D. Cecilio murió también, y habiendo recaído su herencia en Doña Josefa Barroso y Almeida se había negado al pago que le había reclamado; y fundado en las leyes recopiladas que hablan del arrendamiento de obras, en el principio de derecho *pacta sunt servanda* y en la responsabilidad que tenía el menor universal en la herencia de pagar las deudas del testador de quien traía causa, haciendo uso de la acción personal directa de locación, suplicó que se condenase á Doña Josefa Barroso y Almeida, en concepto de heredera universal de D. Cecilio Silvera, á pagar al demandante en el término legal los sueldos a que se contraía, con más el interés de la demora desde la interpelación judicial y las costas:

Resultando que Doña Josefa Barroso impugnó la demanda, alegando que si bien era cierto que D. Diego Vicente Silvera falleció en Noviembre de 1866, que lo heredó su hermano D. José Cecilio y á éste la demandada, no lo era que Ramírez fuese mayordomo ni dependiente de ninguno de ellos, pues desde 1830 el administrador mayordomo encargado del cobro lo fué D. Francisco Sánchez, padre, después su hijo del mismo nombre, á quien sustituyó en Abril de 1867, á los seis meses de fallecido D. Diego Vicente Silvera D. José Sanchez Camaró, que continuó hasta Enero de 1872 en el desempeño del cargo, habiéndose ausentado á la Península; y fallecido ya D. José Cecilio Silvera entraron á administrar los albaceas que nombró, y cuando entregaron á la demandada los bienes nombró administrador mayordomo á D. Rafael Macías que hoy desempeñaba el cargo: que era asimismo falso que reclamase nada á D. José Cecilio Silvera en los cinco años que sobrevivió á su hermano D. Diego, siendo la única reclamación que tuvo lugar la que dirigió á los albaceas de D. José Cecilio, á quien presentó un pagaré de 11.000 y pico de pesos que decía proceder de salarios devengados en vida de D. Diego Vicente, los cuales se negaron á pagarle por parecerles suplantada la firma del testador porque éste nunca firmaba más que con la inicial de su segundo nombre, y en el pagaré decía José Cecilio, habiendo desaparecido desde entonces el mencionado pagaré: que desde el fallecimiento de D. Diego Vicente Silvera iban trascurridos ocho años y cinco cuando presentó el documento falso á los albaceas de D. José; y que no sólo no era cierto que fuese dependiente de D. Diego Vicente, sino que ni éste ni su hermano D. José dieron nunca á sus mayordomos más de 4 onzas de sueldo: que como fundamentos de derecho consignó que oponía á la demanda la excepción de prescripción como medio de libertarse de la supuesta obligación que fingía D. Joaquín Ramírez, porque por la ley recopilada prescribía á los tres

años la acción que tenían los criados por los salarios devengados ó cualesquiera otros servicios prestados á sus señores, á contar desde que fueron despedidos ó los prestaron, á no acreditar que los reclamaron dentro de tres años y no les fueron satisfechos; excepción tanto más procedente, cuanto que el actor confesaba que en 10 años nada reclamó á D. Diego Vicente Silvera, á quien decía prestó dichos servicios supuestos; y porque desde el fallecimiento de éste hasta el día en que presentó el pagaré falso á los albaceas iban trascurridos más de cinco años, y ocho desde que decía que devengó los últimos sueldos hasta la fecha de la demanda: que las leyes en que ésta se fundaba no tenían aplicación, pues era necesario que realmente se justificase que se había celebrado un contrato y D. Joaquín Ramírez no podía justificarlo; y que cuando en un procedimiento civil se descubría un hecho criminal relacionado con él, debía penarse:

Resultando que el demandante replicó reproduciendo los hechos de su demanda y alegando además que D. Diego no tuvo durante el tiempo que le sirvió el demandante más persona de su confianza que él para la administración de sus bienes, pues D. Francisco Sánchez era un septuagenario, licenciado del Ejército, que no sabía leer ni escribir y le servía de portero, no teniendo mucha mejor instrucción su hijo del mismo nombre, ocupándose únicamente en hacer algunos cobros y otros mandados; y que D. José Sánchez Camaró fué empleado de Don Cecilio y nunca de D. Diego:

Resultando que la demanda en el escrito de dúplica insistió en negar que Ramírez de Velasco hubiera sido administrador de D. Diego Vicente, afirmando que lo fueron D. Francisco Sánchez y su hijo, como lo probaban las cuentas que había en la casa: que si Ramírez hubiera sido dependiente de D. Diego y no le hubiera satisfecho sus sueldos, lo hubiera consignado en su testamento; y que Doña Josefa Barroso se negó al pago de esta deuda porque no le constaba su fundamento y certeza y porque aun cuando fuera cierta había ya prescrito:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se trajeron á los autos á instancia del demandante un poder general para pleitos que en 5 de Diciembre de 1856 otorgó D. Diego Silvera á favor de D. Joaquín María Ramírez y Velasco, y 16 cartas con la firma de D. Diego Silvera, que ha sido declarada legítima por los peritos, dirigidas desde 1859 á 1865 á D. Joaquín Ramírez dándole comisiones, instrucciones y órdenes sobre el manejo de los bienes de aquél:

Resultando que suministrada prueba de testigos por una y otra parte sobre los hechos del pleito sustanciado en dos instancias, dictó en 13 de Abril de 1880 la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana sentencia revocatoria, absolviendo á Doña Josefa Barroso de la demanda con imposición al demandante D. Joaquín Ramírez y Velasco de las costas de primera instancia, sin especial condenación de las de la segunda:

Resultando que los hermanos y herederos de D. Joaquín Ramírez y Velasco interpusieron recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1.° La ley 10, tít. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación, que ordena que los tres años de la prescripción que establece comiencen á contarse desde que los dependientes fueron despedidos, por cuanto se había aplicado al caso de D. Joaquín Ramírez y Velasco que no constaba haber sido despedido, sino que por el contrario permaneció al servicio de D. Diego Vicente Silvera hasta el fallecimiento de éste:

2º La misma ley, en cuanto se afirmaba que la prescripción sólo se interrumpía por reclamación de la deuda hecha por emplazamiento en juicio, lo cual no exigía la citada ley, cuyas palabras *excepto si mostraren haberlo pedido dentro de los dichos tres años á los dichos sus señores* indicaban claramente que se hablaba de la petición extrajudicial:

3º La ley 29, tít. 29 de la Partida 3ª, en que se fundaba la sentencia, por cuanto en ella se señalaban varios modos extrajudiciales de interrumpir la prescripción; y después se consignaba una fórmula general con las palabras *ó faciendo alguna otra cosa semejante de éstas*; de donde se deducía que no había podido menos de interrumpirse la prescripción, en el supuesto de haber empezado á correr, por el reconocimiento expreso de la deuda que constaba haber hecho D. José Cecilio Sivera como heredero de D. Diego Vicente, y su formal promesa de pagarlos:

4º Las sentencias de este Supremo Tribunal de 14 de Mayo de 1867, 24 de Junio, 14 de Julio y 4 de Diciembre de 1871, por las que se declara que para que tenga lugar la prescripción se necesita que trascurra sin interrupción el tiempo fijado por la ley: que no puede aprovechar al deudor la prescripción constando la repetición de actos que el acreedor le reconvino para el pago de lo adeudado, con los cuales se había interrumpido el término de la prescripción: que se interrumpe el curso de ésta, según lo dispuesto en la ley 29 de la Partida 3ª, y según las declaraciones de este Supremo Tribunal, por las reclamaciones directas aunque extrajudiciales del acreedor ó propietario al deudor ó poseedor ó por todo reconocimiento expreso ó tácito del derecho del primero; y que la ley 10, tít. 11, libro 10 de la Novísima Recopilación limita el término de la prescripción á tres años para las acciones personales que asisten á los artesanos para pedir el valor de sus obras, á menos que justifiquen que lo pidieron dentro de tres años y no se le hubieran satisfecho; pues la sentencia admitía la excepción de prescripción contra la justificación que constaba de haberse hecho repetidas reclamaciones extrajudiciales:

5º La doctrina fundada en la ley 16, tít. 22, Partida 3ª, que ordena que la sentencia debe ser congruente con las acciones y excepciones propuestas, por cuanto se fundaba en conjeturas como lo probaba el que por una parte se afirmaba que las cartas de Sivera no bastaban á determinar que los servicios que le prestó y comisiones que por él desempeñó D. Joaquín Ramírez se efectuaron como simple mandatario ó con el carácter de sirviente, siendo así que al admitir la excepción de prescripción fundándose en la ley recopilada, que se refería á criados y dependientes, se daba por establecido que D. Joaquín Ramírez tenía ese carácter, y además en el mismo hecho de manifestar la sentencia una duda, cuando la parte demandada no había sostenido nunca que Ramírez fuera simple mandatario de D. Diego y que en tal concepto sus servicios debieran ser gratuitos, sino que tales servicios no se habían pactado, dando en tal supuesto por establecido que caso de existir habrían de ser remunerados:

6º La misma regla de jurisprudencia en cuanto se hacían nuevas conjeturas acerca de que los servicios prestados por el actor reconociesen por causa que no necesitaban retribución, lo cual no se había alegado ni probado; y asimismo la conjetura de que estuviese pagado ya á la muerte de Silvera, lo cual tampoco se había alegado ni probado, viniéndose así á admitir aunque hipotéticamente una excepción no propuesta; y finalmente, en la acusación de inverosimilitud que se ha-

cia de la narración sentada por el actor y todos cuyos extremos aparecían justificados, por cuanto en el fallo se debía calificar la prueba para ajustarse después al resultado de ella, y de ningún modo prescindir de su eficacia, porque pudiera parecer inverosímil en principio lo mismo que después se había justificado:

7° Las reglas de la crítica racional que según sentencia de este Supremo Tribunal de 31 de Mayo de 1873 no son otra cosa que una función del entendimiento, que analiza y sintetiza los hechos sometidos al juicio del juzgador, conforme á las reglas inflexibles de la lógica, en cuanto la sentencia se fundaba en la inverosimilitud que se atribuía á los alegados por el actor, cuando las estipulaciones de los contratos dependían del carácter y circunstancia de los que los otorgaban, y era imposible apreciar las diferencias que dicho carácter y circunstancias pudieran producir:

8° El art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil, que enumera los medios de prueba de que se puede hacer uso en los juicios, sin establecer preferencia alguna contra ellos, y además las sentencias de 29 de Octubre de 1864 y 23 de Noviembre de 1868, que declaran que ni la ley 12, tít. 17, ni el art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil prescriben que una prueba deba prevalecer sobre otra, ni den preferencia á ninguna especie de ella, toda vez que aseveraba que no constituía prueba directa la testifical que obraba en los autos y que reunía todos los datos que justificaban la existencia del contrato, con lo cual se postergaba la prueba testifical á otras, prefiriéndose unas especies sobre otras:

9° La doctrina de este Supremo Tribunal consignada en la sentencia de 28 de Junio de 1852, por afirmarse que los Tribunales emplean para la apreciación de las pruebas las reglas de la crítica racional, y que no deben formar su criterio por conjeturas:

10. La ley 4ª, tít. 13 de la Partida 3ª, que enumera las condiciones que debe tener la confesión judicial, y la ley 3ª del mismo título y Partida que le da el mismo valor á la rebeldía en que incurra el demandado por no contestar á la pregunta que se le haga sobre cosa que pertenece al pleito, así como la 1ª, 2ª, 5ª y 6ª del mismo título y Partida, y la 4ª y 5ª, título 28, libro 11 de la Novísima Recopilación, que tratan de los requisitos de la confesión judicial, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1860 y 13 de Noviembre de 1866, por las cuales se exige que la confesión judicial sea sobre hecho, cosa ó cuantía cierta, y aquí se habían desestimado las posiciones en que se declaró confesa la demandada y que recayeron sobre hechos ciertos:

11. La ley 3ª, tít. 8°, Partida 5ª que trata del arrendamiento de industria, y las doctrinas legales de que la merced es requisito esencial en el arrendamiento, puesto que en la sentencia se admitía que los servicios de Ramírez pudieron deberse á causas que no necesitaban remuneración, siendo así que consistían en la industrial del mismo y que constaba que se prestaron sin la estipulación expresa de ser gratuitos:

12. La doctrina consignada implícitamente en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual las reglas de la sana crítica imponen la seguridad racional y legal de que la prueba de confesión de parte y lo que se deduce de documentos vale más que la que procede de la deducción de un hecho, de la conjetura ó de la suposición:

13. La doctrina conteste y regla inconcusa en cuestión de pruebas de que éstas han de ser afirmativas, desde que se trataba de fundar en la omisión hecha por D. Domingo Vicente Silvera en su testamento de

la deuda contraída con Ramírez una prueba de la no existencia de la misma, siendo tanto más patente la infracción cuanto que no se había traído á los autos el testamento ni se había alegado que se hiciera algunas declaraciones de deudas ó que dijera en general que nada debía para que siquiera pudiera estimarse ese silencio como una presunción aunque débil:

14. La regla lógica en materia de pruebas de que la que se admita por los demandados ha de destruir la presentada por el actor para que pueda dársele preferencia sobre ésta, toda vez que se admitía la justificación de que D. Diego Vicente tenía varios dependientes y de que el Licenciado Reyes cuidaba de sus asuntos judiciales, como si esto dejara probado que Ramírez no pudo haber sido su administrador:

Y 15. El axioma de derecho de que el heredero es la continuación de la persona jurídica del difunto, infringido al admitirse que por ser heredera Doña Josefa Barroso tuviese justa causa de ignorancia que nunca podría servir para absolverla de la demanda:

Visto, sindo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que es doctrina legal repetidamente proclamada por este Supremo Tribunal que contra la apreciación de las pruebas hecha por la Sala sentenciadora no se da el recurso de casación, á no ser que se haya cometido infracción de ley ó de doctrina especial en la materia:

Considerando que la absolución de la demanda con que pone fin al juicio la sentencia recurrida se funda principalmente en que la Sala, analizando las pruebas administradas por las partes, ha deducido y declarado que no están justificadas la naturaleza ni las condiciones esenciales del contrato sobre salarios, invocada por la demandante, siendo por lo tanto inaplicables al caso los 11 motivos del recurso desde el 5° al 15 como encaminados á impugnar en diversos conceptos la apreciación hecha por la Sala en uso de sus facultades:

Considerando no obstante en orden al décimo motivo, en el que se citan como infringidas las seis primeras leyes del título 13 de la Partida 3ª, otras dos recopiladas y alguna doctrina de este Tribunal acerca de la confesión en juicio, que la Sala sentenciadora desestimó la eficacia de los hechos sometidos en forma de posiciones á la declaración de la demandada, no porque se la declarase confesa en rebeldía, sino porque no siéndole propios ó personales esos hechos no podían perjudicarle; y porque ni apreciados en abstracto ni en conjunto con los demás elementos probatorios del pleito demostraban tampoco á satisfacción de la ley y de la crítica racional la existencia ni las condiciones esenciales de un contrato sobre salarios que no se funda en documento público ni privado y que se dice concertado con el causante del antecesor de la demandada 18 años antes de reclamarlos judicialmente:

Considerando que tampoco son aplicables los cuatro primeros motivos del recurso, porque reduciéndose á negar la prescripción de la acción ejercitada, carece completamente de objeto tal impugnación desde el momento que se dictara sin existencia legal el contrato originario de aquélla;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sucesión de D. Joaquín Ramírez y Velasco, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 26 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Enero de 1884.)

333

Recurso de casación (20 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE PESETAS.—No ha lugar al interpuesto por D. Pedro Otaño con el Marqués de la Torrecilla (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que la existencia de perjuicios y la obligación de abonarlos en lo que se refiere á contratos nace de la falta de cumplimiento á lo pactado por alguno de los contratantes*;

Y 2° Que no pueden tener ese carácter ni ser imputables á una de las partes los que se hacen consistir en utilidades que han dejado de percibirse por hechos esenciales y precisos para el cumplimiento de la obligación contraída por el que los reclama.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Pedro Otaño Aquireciriaga, representado por el Procurador D. Ignacio Santiago y Sánchez, bajo la dirección del Licenciado D. Cristino Martos, con D. Narciso Salavert y Pinedo, Marqués de la Torrecilla, como curador *ad bona* de su hija Doña Casilda de Salavert, Duquesa viuda de Medinaceli, y en su nombre el Procurador D. Luis Lumbreras, defendido por el Doctor D. Justo Pelayo Cuesta, sobre pago de pesetas:

Resultando de los hechos consignados en la demanda objeto de estos autos que el Profesor de Medicina y Cirugía D. Pedro Otaño fué llamado por los Marqueses de la Torrecilla en 1° de Junio de 1879 para que se encargara de la asistencia de su hija la Duquesa de Medinaceli, gravemente enferma á consecuencia de haber presenciado hacia 17 días la terrible muerte de su esposo, producida por el disparo casual de un arma de fuego: que anonadada por el terror se negaba á tomar alimento, hallándose en un estado que ponía en peligro su existencia: que tuvo la suerte de inspirarla desde luego alguna confianza en términos que su primera visita duró dos horas y media, rogándole que la siguiera visitando, habiendo podido desde luego anunciar á los Marqueses de la Torrecilla, no sólo que confiaba dominar el padecimiento moral y físico de su hija, sino asegurar, con grandes probabilidades, que se hallaba en cinta, si bien la gestación sería difícil y peligrosa y exigiría atenciones y cuidados extraordinarios: que cumpliendo las órdenes de la Duquesa y de su padre y de conformidad con lo que exigían las circunstancias de la enferma, continuó visitándola todo el mes de Junio, pasando las tardes á su lado para obligarla á dar de su brazo algunos paseos y tomar algún alimento lo cual no podía conseguirse sin la asistencia personal de D. Pedro Otaño: que para proteger aquella gestación tan difícil y peligrosa aconsejó la traslación de la Duquesa al pueblo de Valdemoro, lo que se verificó el día 3 de Julio con gran resistencia de la enferma, que sólo cedió á los ruegos y súplica de Otaño: que éste tenía una numerosa clientela en San Sebastián, de donde procedía, y allí durante la temporada de verano había hecho la numerosa que le

favorecía en Madrid, aumentándola todos los años por lo cual, á mediados de Julio, en que su clientela se ausentaba para las provincias, se trasladaba con su familia á San Sebastián, donde era llamado, no sólo para los enfermos de la ciudad, sino también para Biarritz, San Juan de Luz, Fuenterrabía, Zarauz, Deva y algunos otros pueblos del interior: que constando esta circunstancia á los Marqueses de la Torrecilla y á su hija, al hacer la traslación de ésta le suplicaron que por aquel verano no pasase á las Provincias Vascongadas, quedando en Madrid para atender exclusivamente al cuidado de la enferma, como lo hizo en efecto, mandando á su familia á San Sebastián y quedándose solo en Madrid en una fonda: que desde 3 de Julio, en que la Duquesa salió de Madrid, hasta el 15 de Octubre en que regresó, hizo 19 viajes á Valdemoro, donde permanecía todo el día: que al regresar la Duquesa á Madrid se impresionó tan fuertemente que fué preciso buscar un sitio en las cercanías para poder llevarla en los días serenos, y habiendo encontrado la quinta llamada de Santa Engracia, era conducida á ella la enferma, con quien Otaño tenía que sostener grandes luchas para obligarla á salir y pasear apoyada siempre en su brazo, por lo cual pasó todas las tardes de los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre consagrado á la Duquesa, hasta el punto que tuvo que descuidar sus clientes, perdiendo no sólo la clientela sino la amistad de algunos; que gracias á estos cuidados mejoró á mediados de Diciembre la Duquesa, empezando á salir algunas tardes sin Otaño, el cual no sólo tenía empeñada su reputación por la salud de aquélla, sino por el anuncio de su embarazo, con el cual iban ligados los más graves intereses morales y materiales: que por virtud de las conferencias que celebró con el Profesor D. Francisco Alonso, que se negaba á dar certificación en que constase que la Duquesa viuda presentaba síntomas de embarazo, consignó que se allanara á firmar la declaración oficial, por consecuencia de la que se presentó en casa de los Marqueses el Médico D. Federico Rubio, en representación de la Duquesa madre de Medinaceli, celebrando varias conferencias y expidiendo otras certificaciones para el Juzgado de primera instancia que intervenía en los asuntos de la casa: que en la noche del 15 de Enero fué avisado porque la Duquesa se hallaba de parto, y á las ocho de la noche del día siguiente dió á luz un niño, terminando la asistencia que había venido prestando el día 15 de Mayo:

Resultando que la Contaduría de la casa del Marqués de Torrecilla dirigió una carta por orden de éste á D. Pedro Otaño, reclamando la cuenta de los honorarios devengados en la asistencia facultativa de la Duquesa viuda de Medinaceli, á la que Otaño contestó que nunca había pensado en que tuviera necesidad de pasar la cuenta, pues cualquiera cantidad que se le hubiera mandado le habría parecido sobrada recompensa; pero que obligado á hacerlo, aunque con disgusto por las circunstancias y deberes que sobre él pesaban, habiendo fijado el D. Alonso Rubio sus honorarios en la cantidad de 45.000 pesetas, estimaba los suyos en la misma suma, por más que su asistencia dentro y fuera de Madrid asidua y larga, el abandono de su clientela y otros servicios que el Marqués no habría podido olvidar, le ponían en el caso de considerar su trabajo moral y material superior al de aquél; diciendo por último en una postdata que acababan de decirle que en una conferencia que había tenido con Alonso habían concluído por arreglarse; que se alegraría mucho fuera cierta la noticia, y que en este supuesto hacía suyo también el arreglo:

Resultando que en carta de 19 de Mayo de 1880 manifestó el Marqués de Torrecilla á Otaño que comprendía el compromiso en que se había visto, y que deseando terminar este asunto le remitía 60.000 reales por la asistencia facultativa á su hija y le daba las gracias por su interés y cariño:

Resultando que Otaño contestó en carta del 23 que ni la cantidad con que se pretendía satisfacer sus honorarios ni el principio de la carta con que se remitían correspondían á su conducta en las críticas circunstancias la Duquesa: sorprendiéndole que no estando dispuesto á satisfacer la cuenta insistiera tanto en que se la pasara: que en vista de tan deplorable eventualidad recibía á cuenta las 15.000 pesetas con que por sí y ante sí habí tasado el Marqués sus honorarios, y puesto que no había sabido ni podido apreciar lo que valía su actitud más de amigo que de Médico, retiraba su carta anterior, inspirada sólo en consideración y afecto que el Marqués había desechado con su propia conducta, y se proponía presentar la cuenta de lo que en conciencia estimaba sus honorarios:

Resultando que D. Pedro Otaño formuló en efecto la cuenta, que ascendía á la cantidad de 224.560 reales y comprende 13 partidas, de las cuales las 11 primeras y la última son referentes á las visitas, juntas, certificaciones y asistencia al parto, ascendiendo la partida 12 á 117.500 reales por haber abandonado su clientela desde el 24 de Julio en que debió salir con la misma para San Sebastián, en donde tenía compromisos adquiridos y que sin embargo prescindió de todo para ponerse al servicio exclusivo de la Duquesa, descontando los días de sus salidas, en 47 días, á razón de 2.500 rs. por día:

Resultando que en 9 de Julio el Abogado del Marqués de Torrecilla envió á Otaño un talón del Banco de España por valor de 10.000 pesetas, con cuya cantidad y las 15.000 que tenía recibidas se completaba la suma entregada al D. Alonso Rubio, suplicándole se diera por satisfecho y desistiera de sus reclamaciones; á lo que Otaño contestó, con devolución del talón, que su dignidad profesional ofendida, no le permitía aceptar otra suma que el total de la cuenta que tenía presentada, ó fueran las 41.141 pesetas, resto total de las 56.140 á que ascendía:

Resultando que, en su virtud, en 19 de Abril de 1881 dedujo Don Pedro Otaño la demanda objeto de este pleito, en la que consignó como hechos los que quedan referidos, y deduciendo de ellos como fundamentos de derecho que por haber sido llamado por el Marqués para que se encargara de la asistencia facultativa de su hija, se había celebrado un contrato innominado en que Otaño se obligó á prestar sus servicios y ciencia á la doliente y ésta á pagar los honorarios: que era indudable que los extraordinarios servicios del demandante le privaron de atender a su clientela y de los medios de aumentarla, y que conociendo la Duquesa este sacrificio por parte del Facultativo en quien se cifraban todas sus esperanzas, se impuso la obligación de remunerarle suficientemente según la ley Recopilada; y que no hallándose sujetos á tasa los honorarios de los Médicos, podían éstos graduar su importancia libremente; haciendo uso de la acción personal pidió se condenara á Doña Casilda Salavert, Duquesa viuda de Medinaceli, á pagar al demandante la suma de 41.140 pesetas que le adeudaba por razón de honorarios, con las costas:

Resultando que el Marqués de la Torrecilla, como curador *ad bona*

de su hija la Duquesa de Medinaceli, impugnó la demanda conviniendo en lo sustancial de los hechos, si bien negando que se hubiera exigido á Otaño el abandono de su clientela, así como que la asistencia de la Duquesa hubiera producido el supuesto abandono: que si bien los honorarios de los Médicos no estaban sujetos á tasa de tarifa determinada, y que á ellos en primer término tocaba valuarlos según su conciencia y la índole y entidad de los servicios prestados, no era cierto sin embargo que pudieran libremente fijar su importancia y por tanto que la Duquesa estuviese obligada á aceptar como buena la regulación que Otaño hiciera: que hasta tres veces había variado la valuación de sus honorarios, lo cual revelaba su caprichosa apreciación, que fué fruto del despecho y del enojo, como revelaban sus cartas: que siendo exagerados los honorarios reclamados se había incurrido en el vicio de la *plus petición* que la ley de Partida penaba con la pérdida de lo que que realmente pudiera serle debido, vicio que se agravaba en este caso por haberle sido ya satisfechos los honorarios en la misma proporción en que fueron abonados al D. Alonso Rubio, ajustándose á la apreciación que el mismo Otaño había hecho antes de su crédito; y reconviniendo al demandante sobre este último extremo pidió se le absolviese de la demanda, declarando que los honorarios debidos á Otaño por los servicios médicos á que su cuenta se refería estaban cumplidamente satisfechos con las citadas 25.000 pesetas, de las cuales tenía recibidas 15.000, y las otras 10.000 las tenía á su disposición desde que le fueron remitidas y no quiso recibirlas, condenándole á que dándose por pagado expidiera al Marqués el consiguiente recibo, con las costas del juicio:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se pidió informe á la Real Academia de Medicina para que graduara los honorarios devengados al Doctor Otaño, la cual en resumen opuso que no era excesiva la cuenta que aquél había formulado, teniendo derecho de parte de una familia tan alta y opulenta á toda clase de agradecimientos en la remuneración de sus servicios; consignando, en cuanto á la partida 12, que no podía tacharse de exagerada, porque tales servicios extraordinarios perjudicaban considerablemente las demás relaciones profesionales, parando en pérdida de clientes antiguos y adquisición de otros nuevos; presentando sobre esta partida un Académico una enmienda que fué discutida y desechada por mayoría para que se declarara ilegítima, porque el Médico que ejercía en una población estaba obligado á prestar los servicios que en la misma le reclamasen los clientes sin que pudiera exigir indemnización de perjuicios por la asistencia facultativa que en otra localidad pudiera prestar al mismo tiempo, estando reservado el derecho de indemnización para los Facultativos que debieran trasladarse para ejercer su profesión á punto diferente de aquel en que practicaban, no acreditándose que existiera entre las partes contrato ó compromiso que anulara aquella costumbre, habiendo salido Otaño de Madrid por dos veces durante aquella temporada á prestar servicios facultativos á larga distancia:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia en 8 de Noviembre de 1882, que no fué conforme con la del Juez inferior, condenando al Marqués de la Torrecilla como curador *ad bona* de su hija la Duquesa viuda de Medinaceli, á satisfacer en el término de 10 días á D. Pedro Otaño por sus servicios profesionales á la misma 26.765 pe-

setas, equivalentes á 107.060 rs., pero con deducción de la de 15.000 pesetas que tenía recibidas á cuenta, absolviéndole en cuanto á la suma de 117.500 rs. que repetía por el concepto que expresaba en la partida de su referencia y demás que solicitaba en la demanda, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Pedro Olaño interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 5ª, tít. 6° de la Partida 5ª, con arreglo á la cual el obligado á dar en el contrato innominado *facio ut des* debe dar lo que prometió con los daños y menoscabos originados al otro contratante, toda vez que no se otorgaba al recurrente la indemnización que le correspondía por consecuencia del contrato innominado que celebró con la Duquesa viuda de Medinaceli:

2° La doctrina establecida en la sentencia de este Supremo Tribunal en 20 de Enero de 1871 de que si bien un contrato válido y perfecto es ley para los contrayentes, cuando se suscitan dudas acerca de su inteligencia ó se pretende desconocer su alcance y verdadero objeto, es indispensable para determinarlos consultar los hechos anteriores que le han preparado, el conjunto de circunstancias que le han acompañado, la intención ó próposito de los otorgantes y los hechos consiguientes de estos mismos que con él se relacionan; doctrina que daba forma al principio de que los contratos no sólo obligaban á lo que en ellos se contenía, sino también á todas las consecuencias que nacían de ellos por su naturaleza, toda vez que era consecueneia del contrato de que se trataba los perjuicios sufridos por el Doctor Olaño, y consecuencia también la obligación de resacirlos tenía la Duquesa viuda de Medinaceli:

3° El precepto consignado en la regla 29, tít. 34, Partida 7ª, de que aquel deba sufrir el embargo de la cosa que ha el pro de ella, y sancionado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal al establecer, entre otras sentencias en la de 26 de Junio de 1872, que según la citada regla corresponde el daño de la cosa á aquél que se aprovecha del beneficio, añadiendo que dicha regla no se refiere al daño que proviene del dolo, mala fe, culpa ó negligencia de que deben responder los contratantes, atendida la índole de cada contrato, sino al que naturalmente se deriva de las condiciones de las obligaciones; toda vez que el daño que reclamaba el recurrente era el que se derivaba de los servicios prestados á la Duquesa como condición precisa del compromiso que contrajo, y este daño debía ser resarcido por aquélla, que se aprovechó del beneficio de los servicios que lo ocasionaron:

4° La regla 17, tít. 34 de la Partida 7ª, con arreglo á la cual ninguno debe enriquecerse con daño de otro, y con daño del recurrente se enriquecería la Duquesa viuda de Medinaceli si no la indemizara de los perjuicios que se le ocasionaron con motivo de la asistencia facultativa que la prestó:

5° La regla 21 de los citados títulos y Partida, según la cual quien da razón porque venga daño á otro él mismo entiende que lo face, y la sentencia de 23 de Febrero de 1866, que declara que los daños y perjuicios deben ser abonados por aquel que los causó; pues al requerir Doña Casilda de Salavert la asistencia facultativa de D. Pedro Olaño, y al contraer éste el compromiso de prestarlas, los daños que fueron consecuencia necesaria de aquella asistencia tenían causa y razón en la asistencia misma, y como esta causa ó razón ú ocasión de daño la dió Doña Casilda Salavert, debía entenderse que ésta fué la que pro-

dujo el principio conforme al precepto legal, y debía abonar su importe, según la doctrina establecida por la jurisprudencia:

6º Las reglas 56 y 149 del tít. 17, libro 50 del Digesto, que consignan los principios *Semper in dubiis benigniora præferenda sunt*, *Ex qua persona quis reum capit, ejus factum præstare debes*; pues si duda cupiere respecto del alcance de la obligación y del consiguiente derecho de D. Pedro Otaño debería resolverse en el sentido más conforme á la equidad, y era notorio que ésta señalaba como más prudente que los perjuicios irrogados al Médico que vivía de su trabajo los abonase el cliente opulento que utilizó este mismo trabajo, tanto más cuanto el cliente recibió provecho por la persona y los servicios del Médico y era por lo mismo responsable á lo que éste hizo:

7º La sentencia de 24 de Abril de 1863, que establece la doctrina de que quien por culpa de otro sufre daño en su patrimonio sin razón legal tiene ineludible derecho á ser indemnizado por el que lo causó, pues atendida la naturaleza del compromiso contraído por el Doctor Otaño al encargarse de la asistencia facultativa de la Duquesa viuda de Medinaceli, la situación excepcional de ésta y las circunstancias de su fallecimiento, no podía dejar su asistencia y ausentarse á San Sebastián, según tenía de costumbre, sin faltar á su deber y á su contrato, y si no lo hizo y por consecuencia de ello dejó de ganar, sufriendo un daño por causa de la Duquesa viuda de Medinaceli, que reportó el provecho y que conocía los perjuicios que causaba, consintiendo que los sufriera, debía atender á su indemnización;

8º Y por último, la doctrina consignada en la sentencia de 9 de Diciembre de 1873, según la cual el principio de que los daños y perjuicios debe abonarlos aquel que los causó venía á establecer como tesis general un derecho que podía invocar todo el que se considerase perjudicado por otro; pero para que se declarase tal derecho por los Tribunales era menester que se probase que esos daños y perjuicios se habían causado por la persona contra quien se reclamaban, pues el Doctor Otaño, que se consideraba perjudicado por la Duquesa viuda de Medinaceli, podía invocar el derecho á ser indemnizado por la misma, y este derecho debía ser declarado por los Tribunales, porque constaba probado y reconocido por la sentencia el hecho de no haber podido el recurrente visitar á su clientela en San Sebastián, perdiendo parte de ella, y constaba además que esos perjuicios se ocasionaron por la persona contra quien se reclamaban, que reportó el provecho de ellos:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que el único extremo sobre el que se ha interpuesto este recurso es el referente á la partida 12 de la cuenta del Doctor Otaño, en que reclama en concepto de perjuicios el pago de lo que supone dejó de ganar por no haberse trasladado á San Sebastián en el verano de 1879 durante 47 días, á razón de 2.500 rs. cada uno:

Considerando que la existencia de perjuicios y la obligación de abonarlos en lo que se refiere á contratos nace de la falta de cumplimiento á lo pactado por alguno de los contratantes:

Considerando que no pueden tener ese carácter, ni ser imputables á una de las partes los que se hacen consistir, como en el caso presente, en utilidades que han dejado de percibirse por hechos esenciales y precisos para el cumplimiento de la obligación contraída por el que los reclama:

Considerando que en la de *facio ut des* á que se contrae este pleito,

el Doctor Otaño la cumplió prestando su asistencia facultativa á la Duquesa de Medinaceli en la medida y extensión que creyó necesaria y conveniente, y la Duquesa lo verificó por la suya conformándose con todas las partidas de la cuenta que reconoce de abono la sentencia recurrida; y si bien aquella asistencia especial y fuera de lo ordinario le daba derecho á exigir, como lo hizo, la remuneración que estimó á ella debida, no así para pedir indemnización de perjuicios en el concepto en que lo hace en la referida partida 12, porque su permanencia en Madrid, no exigida por la Duquesa, era un hecho necesario para el cumplimiento de la obligación que contrajo, de la manera y con la extensión que él creyó deber realizarlo, y por lo que según resulta de la cuenta exigió sus honorarios con arreglo á las condiciones especiales del servicio:

Considerando que no constituyendo por consiguiente verdaderos perjuicios de que deba responder la Duquesa viuda de Medinaceli los que por haber abandonado su clientela comprende la ya nombrada partida 12 de la cuenta del Doctor Otaño, la sentencia recurrida al desecharla y absolver de su pago á aquélla no infringe las leyes y doctrinas que se invocan en el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Otaño y Aquireciriaga, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 20 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Enero de 1884.)

334

Recurso de casación (20 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Nulidad de un interdicto y aprovechamiento de aguas.—No ha lugar al interpuesto por D. Santiago Aparicio Moreno con D. Braulio Pérez Fernández (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

1° *Que para resolver un recurso no pueden tenerse en cuenta las disposiciones de la ley Hipotecaria, si su aplicación y efectos en el caso de autos no han sido debidamente discutidos durante el pleito*:

2° *Que no tiene aplicación y no han podido ser infringidas las Reales órdenes de* 5 *de Abril de* 1834 *y* 14 *de Marzo de* 1846 *y Real decreto de* 27 *de Abril de* 1860, *aparte de que el recurso de casación en el fondo sólo procede por infracción de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, si los derechos á un riego que en la sentencia recurrida se reconocen al demandante traen su origen y legitimidad de una remota posesión á título oneroso anterior al año de* 1821, *contra la cual no aparece acto alguno de contradicción ni oposición, como afirma la Sala sentenciadora y ha reconocido el mismo demandado recurrente en el acto de la inspección judicial en primera instancia*:

3° *Que tampoco infringe la sentencia el principio según el cual ninguno puede trasmitir derechos que no tiene, si según la apreciación que de las pruebas suministradas hace la Sala sentenciadora, el demandante, á imitación y continuación de sus causantes, desde tiempo*

inmemorial viene regando su tierra en la forma que la sentencia le declara con derecho á continuar verificándolo;

Y 4° Que tampoco infringe la sentencia las disposiciones de la ley de Aguas, ni los principios y doctrinas con arreglo á los cuales en la concesión y uso de aguas, como en todas las relaciones de la propiedad, deben respetarse los derechos preexistentes legítimamente adquiridos, si subordinándose á esos mismos principios la Sala sentenciadora se limitó en su fallo á restablecer el estado de cosas anterior al interdicto propuesto por el demandado, que dió causa al pleito.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Mula y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Braulio Pérez Fernández, propietario, con D. Santiago Aparicio Moreno, propietario y Abogado, vecinos ambos de Mula, sobre nulidad de un interdicto y aprovechamiento de aguas; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Manuel Osuna y el Procurador D. José García Noblejas, en defensa y representación de Aparicio Moreno, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. Angel Escobar y el Procurador D. Manuel Martín Veña:

Resultando que D. Angel Moreno Rubio, dueño por título de compra consignado en escritura pública de 20 de Enero de 1799 de tres fanegas de tierra de secano con sus ensanches y demás pertenencias en el partido de la Alcalá, correspondiente á la jurisdicción de la villa de Mula, lindantes por Norte con el río de Pliego, solicitó del Ayuntamiento de dicha villa de Mula que le concediese licencia para utilizar las aguas del indicado río en el riego de de dicha tierra; é instruído expediente, en el que fueron oídos los peritos públicos de la villa, acordó el Ayuntamiento de ésta en 25 de Junio de 1800 que perteneciendo á la villa en virtud de los Reales privilegios y ejecutorias de que gozaba y de la posesión en que se hallaba de montes, prados, baldíos, fuentes y ríos de su término la facultad de conceder lo que tuviese por conveniente, y teniendo en consideración que además del terreno que Moreno Rubio intentaba beneficiar con el agua del río de Pliego, tenía pensado construir en beneficio de las mismas aguas dos artefactos para molinos de papel y harinero, le concedía el permiso que necesitaba para el aprovechamiento de las aguas con el destino que pretendía, sin perjuicio de tercero y con calidad de que todo ejecutado pagaría á los Propios y rentas de la villa perpetuamente cierta pensión anual:

Resultando que habiendo acudido el Marqués de Villafranca y los Vélez á la Justicia de la villa de Mula denunciando la construcción de un molino que sin su licencia había comenzado Angel Moreno dentro de la redonda de la puebla de su propiedad, lindando dicha redonda con el río de Pliego, se siguió pleito entre las dichas partes, en el que se dictó auto por la Chancillería de Granada en 18 de Octubre de 1800, mandando despachar Real provisión para que bajo la fianza demolitoria que tenía ofrecida y dada Angel Moreno, continuase el todo de la obra del molino, con imposición de las costas al Marqués de los Vélez:

Resultando que al fallecimiento de D. Angel Moreno, ocurrido en 28 de Julio de 1834, entró en el dominio y posesión de dicha tierra y molino su hija única Doña Francisca Moreno, consorte de D. Joaquín Aparicio, y en la partición de los bienes de estos dos, practicada en

Marzo de 1855 y aprobada en 18 de Julio de 1859, se adjudicó á uno de los seis hijos de dicho matrimonio D. Francisco Aparicio Moreno, demandado en este pleito, una hacienda redonda en el partido de la Alcalá, lindante por el Oriente y Norte con el río que baja á los baños, compuesta de 17 tahullas y tres cuartas de tierra, con diferentes árboles que se riegan con el agua del río de Pliego, de dos fanegas y cuatro celemines y medio de tierra secana, inferior, de seis fanegas con celemín y medio y 15 brazas de tierra secano con plantones de olivera de varias edades y de un molino harinero, casa cortijo, pajar de obra y corral de encerrar ganado; habiendo sido inscrita dicha hijuela de Don Aparicio en el Registro de la propiedad en 31 de dicho mes de Julio de 1859:

Resultando por otra parte que en una lista de deudores obrante en el Ayuntamiento de Mula, suscrita por el Mayordomo de Propios en 7 de Febrero de 1821, aparecía Francisco Martínez Tintorero por razón de la merced de 2 rs. que debía pagar por el agua de Pliego que empleaba en el riego de una hacienda en el partido de Manzanete: que por el Ayuntamiento susodicho se ratificó en 3 de Mayo de 1846 el derecho de Doña Josefa Sebastián á regar su hacienda del Tintorero con aguas del riachuelo de Pliego, en cuya virtud Doña Josefa se obligó por escritura pública de 13 de Mayo de 1847 á satisfacer á los Propios de dicha villa de Mula 3 rs. anuales por la conformación del riego en su hacienda de Manzanete con las aguas de Pliego: que en el inventario de bienes formado al fallecimiento de Doña Josefa fué incluída la hacienda de Manzanete, compuesta de seis tahullas aproximadamente, con opción á ser regada con aguas eventuales del río de Pliego, y de cuatro fanegas contiguas de secano: que esta hacienda fué vendida á D. Eusebio Pérez Fernández por escrituras de 22 de Marzo y 22 de Abril de 1856 por los hijos y herederos de Doña Josefa, Doña María de la Cruz, Doña Patrocinio y D. Francisco José Martínez Sebastián; y que por el fallecimiento de éste, ocurrido en Agosto de 1868, fué adjudicada dicha finca á su hijo D. Braulio, demandante en este pleito:

Resultando que en 21 de Octubre de 1879 dedujo D. Santiago Aparicio Moreno en el Juzgado de primera instancia de Mula interdicto de recobrar las aguas del río de Pliego, fundado en que se hallaba en quieta y pacífica posesión de su aprovechamiento para el movimiento de un molino harinero y riego de varias tierras de una hacienda próxima á la aldea de la Puebla, en el partido de la Alcalá, y de esta posesión había sido privado hacía unos ocho meses por D. Braulio Pérez Fernández, que había coartado las aguas de dicho río por medio de presa y las había conducido por una acequia abierta á su hacienda el Tintorero, en el partido de Manzanete, pasándolas por una mina á pozo, del que las elevaba por medio de una máquina para el riego de terrenos que siempre habían sido de secano:

Resultando que sustanciado el interdicto sin audiencia del despojante, se dictó auto restitutorio en 21 de Noviembre siguiente, que se llevó á ejecución, haciendo varios portillos en la presa del río é interceptando el conducto ó acequia por donde D. Braulio Pérez conducía las aguas á su hacienda:

Resultando que obtenido por D. Braulio Pérez el beneficio de pobreza para litigar, dedujo la demanda civil ordinaria que ha dado origen al presente pleito, con la solicitud de que se declarase en definitiva que le pertenecían las aguas del río Pliego que llegaban á su presa

ó azud y corrían por su acequia ó cauce abierto para regar su hacienda del Tintorero, condenando en su consecuencia á D. Santiago Aparicio á que las dejase libre y expeditas á su disposición con la construcción de la presa destruída, dejando para ello sin efecto el interdicto, y condenando á dicho Sr. Aparicio á la devolución de las costas y de la cantidad que por perjuicios le había cobrado, así como de los que resulta que se le habían seguido por razón de la restitución; alegando al efecto que desde época remota y desconocida se regaba la hacienda susodicha del Tintorero con las aguas del río Pliego en virtud de concesión formal que no había podido encontrarse: que en 3 de Mayo de 1846 había confirmado el Ayuntamiento de aquella villa este derecho de riego en Doña Josefa Sebastián, poseedora entonces de la finca, y que en virtud de estos títulos había venido el demandante y sus antecesores en el dominio de la finca, disfrutando del derecho de regar en una extensión más ó menos dilatada, según lo había permitido el caudal de aguas que había corrido por su cauce natural, derivándolas siempre por medio de presa y azud y conduciéndolas por acequia abierta:

Resultando que D. Santiago Aparicio contestó la demanda pidiendo que se le absolviese de ella y se condenase al actor á perpetuo silencio y pago de costas, á cuyo efecto hizo relación de la concesión del Ayuntamiento de Mula hecha en 25 de Junio de 1800 á D. Angel Moreno y de los demás documentos referidos al principio, alegando después en el escrito de dúplica que en la escritura de venta otorgada por los hijos de Doña Josefa Sebastián á D. Eusebio Pérez, padre del demandante, se dijo que lo que se vendían eran seis tahullas poco más ó menos, ó lo que hubiese, con algunos árboles y cepas, con opción á regar con las aguas eventuales del río: que por lo tanto D. Eusebio no pudo trasmitir á su hijo el demandante otros derechos que los que él había adquirido: que dichos riegos eventuales ó de aluvión no eran legítimos, porque los vendedores no los tenían, y porque además declaraba la Real orden de 9 de Abril de 1834 que ningún particular podía distraer en su origen ni en su curso las aguas de manantiales ó de ríos que de tiempos antiguos regaban otros terrenos más bajos, los cuales no podían ser despojados del beneficio adquirido en favor de otros: que la licencia que se decía concedida por el Ayuntamiento á Doña Josefa Sebastián en 3 de Mayo de 1846 era ineficaz y de ningún valor ni efecto porque dos meses antes, ó sea en 14 de Marzo, se había declarado por Real orden que era necesario para esta clase de aprovechamientos la autorización Real, previa instrucción de expediente, con llamamiento por medio del *Boletín oficial* de los que pudieran creerse perjudiciales, é invocó además las Reales órdenes de 21 de Agosto de 1849, 2 de Setiembre de 1852, 5 de Abril de 1859, 9 de Setiembre de 1858 y 29 de Abril de 1860 y otras:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se trajo á los autos por el demandante los documentos en que fundó su demanda y se suministraron por ambas partes otras justificaciones, sirviéndose especialmente de la testifical; y sustanciado el pleito en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete en 27 de Noviembre de 1882, conforme en parte y revocatoria en otra parte de la de primera instancia, dejando sin efecto el interdicto de recobrar presentado por D. Santiago Aparicio, y declarando que corresponden al demandante D. Braulio Pérez las aguas del río Pliego para fertilizar solamente las seis tahullas de tierra que de antiguo vienen fertilizándose de la ha-

cienda de Manzanete con su riego natural de acequia abierta y derecho á tomar la de su cauce por la presa ó azud denominado del Tintorero, sin poder regar los terrenos de secano ni colocar aceña ú otro artefacto que alteren el riego natural declarado é impidan su declive al álveo del río; y condenando en su consecuencia á D. Santiago Aparicio á que deje dichas aguas libres y á disposición del demandante en la forma expresada, reintegrando á éste de las costas satisfechas y de los daños y perjuicios causados en dicho interdicto con la destrucción de la presa y con la falta de riego en las seis tahullas en la forma determinada en la novísima ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que D. Santiago Aparicio Moreno interpuso recurso de casación por considerar infringidos en dicha sentencia:

1° Los artículos 23 y 27 de la ley Hipotecaria, según los cuales el dominio de una finca y los derechos reales anejos á ella inscritos en el Registro de la propiedad correspondiente en favor de una persona surten su efecto contra tercero y no pueden ser perjudicados ni modificados más que por otro título eficaz inscrito con anterioridad; porque había justificado á su debido tiempo en este pleito su dominio en las tierras y molino y el derecho de aprovechar las aguas del río de Pliego en el riego de las primeras y en el movimiento del segundo por medio de testimonio de su hijuela, registrado oportunamente en la antigua oficina de Hipotecas, y la parte contraria no ha presentado títulos inscritos con anterioridad ni posterioridad sobre tales derechos:

2° Los artículos 2°, 23 y 396 de la misma ley Hipotecaria, en el concepto de que se funda la sentencia recurrida en la eficacia del inventario de bienes de Doña Josefa Sebastián, de la escritura de venta de los herederos de ésta á favor de D. Eusebio Pérez y de la escritura declaratoria de Doña Josefa Fernández y sus hijos, como herederos de D. Braulio Pérez, presentados estos documentos y admitidos indebidamente en el término de prueba por razón de la prohibición expresa del citado artículo 397 y de sus títulos necesariamente inscribibles conforme al artículo 2°, porque contiene traslaciones de dominio y declaraciones de derechos reales que no pueden ser eficaces según el 23 ni perjudicar á tercero:

3° El principio legal consignado por este Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Noviembre de 1860 y en otras, según el cual ninguno puede trasmitir á otro más derechos en una cosa que los que el mismo pudiera tener en ella, porque aun en el supuesto de que los títulos citados en el primer motivo, presentado como parte contraria como base fundamental de su derecho, fueran eficaces y tuvieran validez legal para perjudicar á tercero, no ha podido la Sala sentenciadora suponer ni dar á D. Braulio Pérez más que la opción al riego de seis tahullas con las aguas eventuales del río, ó sea con las procedentes de lluvias ó aluviones, y nunca concedérselo en absoluto y sobre toda clase de aguas, porque de los citados documentos resulta que los hijos de Doña Josefa Sebastián sólo adquirieron de su madre y trasmitieron á D. Eusebio Pérez la opción al riego de seis tahullas con las aguas eventuales:

4° La Real orden de 14 de Marzo de 1846, que prohibe á los Ayuntamientos el otorgamiento de licencias para aprovechar aguas de los ríos y demás que merecen el concepto de públicas, puesto que la sentencia recurrida da valor y eficacia á la licencia concedida por el Ayuntamiento de Mula á Doña Josefa Sebastián en 3 de Mayo de 1846:

5° La Real orden de 6 de Abril de 1834, que declara que ningún par-

ticular ni corporación puede distraer en su origen ni en su curso las aguas de manantiales ó ríos que de tiempo antiguo riegan otros terrenos más bajos, los cuales no pueden ser despojados del beneficio adquirido, porque se reconoce en la sentencia á D. Braulio Pérez con derecho para distraer las aguas del río Pliego en perjuicio del recurrente, regante inferior más antiguo:

6° El Real decreto de 27 de Abril de 1860, que declara que el aprovechamiento de los ríos, riachuelos y cualquiera otra clase de corrientes, ya se trate de las aguas estiales, ya invernales ó torrenciales, se haga siempre sin perjuicio de los riscos preexistentes, por cuanto al conceder la sentencia á D. Braulio Pérez el riego de seis tahullas en terrenos superiores, no lo ha limitado á los casos en que dicho riego no impida el de las tierras inferiores del recurrente ó el movimiento de su molino:

7° El art. 37 de la ley de 3 de Agosto de 1866, y el 7°, párrafo último de la de 13 de Junio de 1879, que previenen que ningún aprovechamiento eventual podrá interrumpir ni atacar derechos anteriormente adquiridos sobre las mismas aguas en región inferior:

8° El principio de derecho de que deben respetarse siempre los derechos preexistentes legítimamente adquiridos, y con preferencia los de propiedad, porque la sentencia no ha debido desconocer que los riegos del recurrente merecen la calificación de preexistentes con relación á los abusivos de D. Braulio Pérez, porque tienen su fecha y principio en el siglo anterior; mientras que los de éste, aun dándoles una extensión indebida, no pueden ir más allá del año 1821, y porque además tiene el recurrente el derecho de propiedad confirmado por los Tribunales de justicia é inscrito en el Registro de propiedad, y no puede por lo tanto ser lastimado ó perjudicado por supuestos riegos posteriores y abusivos;

Y 9° La jurisprudencia que en conformidad con lo anteriormente dispuesto tiene sancionada este Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre otras en las de 28 de Abril de 1863, 9 de Junio de 1865, 4 de Noviembre de 1869, 20 de Mayo de 1870 y 3 de Febrero y 20 de Diciembre de 1871:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que para resolver el presente recurso no pueden tenerse en cuenta las disposiciones de la ley Hipotecaria, porque su aplicación y efectos en el caso de autos no han sido debidamente discutidos durante el pleito, además de que el recurrente no pretende tener el derecho exclusivo de utilizar para sus tierras y artefactos las aguas del río Pliego, ni la sentencia hace novedad en el estado posesorio que disfruta al amparo de sus títulos inscritos:

Considerando que no tienen aplicación á las cuestiones concretas del pleito y no han podido ser infringidas las Reales órdenes y Real decreto también citados de 1834, 1846 y 1860, porque aparte de que el recurso de casación en el fondo sólo procede por infracción de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, los derechos que en la sentencia recurrida se reconocen al demandante traen su origen y legitimidad de una remota posesión á título oneroso anterior al año de 1821, contra la cual no aparece acto alguno de contradicción, ni oposición, como afirma la Sala sentenciadora y ha reconocido el mismo recurrente en el acto de la inspección judicial en primera instancia al protestar que su interdicto se dirigía contra los riegos que el querellado había principiado á ejecutar recientemente de tierras que

siempre habían sido secanas, y á esta posesión reconocida no pueden perjudicar disposiciones administrativas adoptadas precisamente para proteger derechos preexistentes:

Considerando que la sentencia no infringe el principio invocado en el recurso, según el cual ninguno puede trasmitir derechos que no tiene, puesto que según la apreciación que de las pruebas suministradas hace la Sala sentenciadora, el recurrido, á imitación y continuación de sus causantes, desde tiempo inmemorial viene regando seis tahullas de su tierra de Manzanete con las aguas del río Pliego en la forma que la sentencia le declara con derecho á continuar verificándolo:

Considerando que tampoco infringe la sentencia las disposiciones de la ley de aguas en los demás principios y doctrinas citados en el recurso, con arreglo á los cuales en la concesión y uso de las aguas como en todas las relaciones de la propiedad deben respetarse los derechos preexistentes legitimamente adquiridos, puesto que subordinándose á esos mismos principios la Sala sentenciadora se limitó en su fallo á restablecer el estado de cosas anterior al interdicto propuesto por el recurrente, que dió causa al presente pleito;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Santiago Aparicio Moreno, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Albacete la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 20 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Enero de 1884.)

335

Recurso de casación (20 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.* —MEJOR DERECHO Á LOS BIENES DE UNA CAPELLANÍA.—No ha lugar al interpuesto por D. Lucas Grijota y otros (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

1° *Que no desconoce la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, según la cual cuando un hecho está legalmente justificado y aceptado durante el curso de los siglos no basta para destruirlo que al hacer la compulsa de los libros parroquiales del pueblo en la época en que se creyó nacida la persona en cuestión no se encuentre una partida de bautismo ó se halle la de otra persona del mismo nombre y edad, hija de padres desconocidos, sino que se precisan otras pruebas más concluyentes; la sentencia que al negar el derecho á los bienes de una capellanía, se funda, no en la falta de determinada partida sacramental, sino en las varias y distintas razones que expone:*

2° *Que de la competencia de la Autoridad eclesiástica diocesana en lo referente á la colación y canónica institución de las capellanías colativas, no puede deducirse que el testimonio relativo á la que es objeto del pleito, y que no se ha cotejado ni sido objeto de diligencia alguna, tenga todo el valor y fuerza de un documento público, ni surta otro efecto que el de corroborar la existencia indubitable de la capellanía:*

3° *Que en la hipótesis de que en algún considerando de la sentencia se hubiese padecido equivocación al hablar del primer capellán llamado por el fundador, no es estimable en casación este error de hecho, si tal*

equivocación no afectaría al derecho ejercitado por los litigantes, atendidos los demás fundamentos que el fallo contiene:

4° *Que no puede estimarse la infracción de los artículos 1°, 2° y 6° de la ley de 19 de Agosto de 1841 y de la de 15 de Junio de 1856, si se ha alegado haciendo de la dificultad supuesto, una vez que la sentencia se basa en que los recurrentes no han probado su parentesco con el fundador:*

5° *Que tampoco puede apreciarse la de la ley 10, tít. 14, Partida 3ª y la de la fundación, porque la mencionada ley de Partida que se refiere á los que poseen la cosa ó deben ser tenidos como poseedores de ellas, carece de aplicación al caso; y porque la sentencia nada decide en contra de la fundación y se limita á negar el derecho de los que solicitaban la adjudicación de los bienes, en virtud de la apreciación que hace de todas las pruebas suministradas por los mismos, sin que en tal apreciación exista error de derecho demostrado por violación de ley ó doctrina legal, ni error de hecho resultante de documentos ó actos auténticos que evidencien la equivocación del juzgador:*

6° *Que son inaplicables las leyes 19, tít. 22, y 40, tít. 16, Partida 3ª, en el supuesto de que esta última se hallase en vigor, cuando no existe cosa juzgada, ni se trata de la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos:*

7° *Que no se infringe la ley 114, tít. 18 de la misma Partida, si la Sala sentenciadora no niega la autenticidad de los documentos presentados, sino que los estima insuficientes para acreditar el derecho de los interesados:*

8° *Que ni la ley 2ª, tít. 2° de la Partida 3ª, ni los artículos 578 y 596 de la ley de Enjuiciamiento civil pueden servir de fundamento á un recurso de casación en el fondo;*

Y 9° Que circunscribiéndose la parte dispositiva de la sentencia á resolver que no ha lugar á adjudicar como libres los bienes de la capellanía, es congruente con las pretensiones de los litigantes que consistían precisamente en pedir esa adjudicación en el expresado concepto.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Villanueva de la Serena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres entre Don Leopoldo Fernández Ceballos, vecino de Madrigalejo, labrador, de una parte; de otra D. Joaquín Pajuelo y Cuevas; D. Juan Gallego, como marido de Doña Dolores Pajuelo, y D. Sebastián Díaz, como marido de Doña Concepción Pajuelo, vecinos de Villanueva de la Serena, jornaleros; de otra D. Lucas y D. Vicente Grijota Cumplido, D. Agustín Grijota García, D. Pablo y Doña Juana Gil Grijota, D. Antonio Benítez Cano Segador, como marido de Doña Florentina Gil Grijota, y Don Vicente Nieto García, como marido de Doña Francisca Gil Grijota, vecinos de Villanueva de la Serena, zapatero el último y los demás labradores; de otra D. Eduardo Nieto Gil, de la misma vecindad, empleado, como cesionario de D. Diego Olivares Grijota; de otra D. Francisco Pérez del Villar, de igual vecindad, como cesionario de Doña Antonia Pérez Caballero, y de otra el Ministerio fiscal en representación del Estado, sobre mejor derecho á los bienes de una capellanía; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Lucas Grijota Cumplido y demás que con él han litigado, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Julián María de Mendieta y de Solís y el Procurador D. Juan Pas-

cual García; por D. Francisco Pérez del Villar, defendido y representado respectivamente por el Licenciado D. José Viñas y Ortíz y el Procurador D. Félix Bazán y Molero; por el Licenciado D. Enrique Ucelay y el Procurador D. Felipe Cano, en defensa y representación de Don Eduardo Nieto Gil, y por D. Leopoldo Ceballos Fernández, bajo la dirección del Licenciado D. Martín Perillán y representado por el Procurador D. José Vicente del Abad, no habiendo comparecido las demás partes opositoras:

Resultando que en 16 de Abril de 1844 acudieron al Juzgado de primera instancia de Villanueva de la Serena D. Tomás y D. José Cortes con la pretensión de que se adjudicasen en propiedad y posesión los bienes de la dotación de la capellanía fundada por Juan Pérez á los parientes más cercanos de éste, con arreglo á lo dispuesto en la ley de 19 de Agosto de 1841, mediante á que había fallecido en 1º de aquel mes D. Miguel Vicente Mellado, último poseedor de dicha capellanía:

Resultando que publicados los edictos oportunos se presentaron diferentes opositores, y á instancia de uno de ellos se trajo á los autos un testimonio que libró el Notario eclesiástico D. Tomás Malfeito, en virtud de auto del Prior de Magacela, de varios particulares de un pleito de concurso seguidos en los años de 1810 y 1820 entre Don Vicente Mellado y otros para la provisión de la capellanía servidera en el hospital de Villanueva de la Serena, fundada por el Presbítero Licenciado Juan Pérez:

Resultando de dicho testimonio que habiendo sido requerido el Capellán D. Miguel Jerónimo Grijola en 15 de Mayo de 1719 por los Visitadores generales de capellanías Fray Manuel de Arce y Fray Francisco Calderón de la Barca para que exhibiera la escritura de fundación y demás papeles pertenecientes á ella, manifestó que no tenía otro documento que la visita que de la misma fundación había hecho anteriormente Fray Bernardo de Córdova y Guzmán, y habiéndola presentado se sacó copia de la cláusula de fundación de la capellanía contenida en dicha visita, según cuya copia dicho Juan Pérez fundó una capellanía y memoria perpetua, mandando que el Capellán que fuese de ella dijese por su alma en el hospital de Villanueva de la Serena por siempre jamás una misa el día del domingo y otra el miércoles, y otra rezada del oficio de Nuestra Señora el sábado de cada semana; después de los días de Isabel Tello, su ama, y de Pedro Juan, vecinos de aquella villa, nombró por primer Capellán á Juan Moreno, su sobrino, que estaba entonces en estos días en Villanueva de la Serena, y después de los días de éste, y para el caso de que no fuese clérigo, nombró por segundo Capellán á Juan, hijo de Pedro Juan, vecino de aquella villa, si fuese clérigo, y á falta de éstos dispuso que los patronos que designaba nombrasen y presentasen Capellán al pariente más cercano del fundador, que fuera clérigo de misa y de buena vida y costumbres, suplicando al Prior que era ó fuese que vacando la capellanía mandase poner edictos en Santa Cruz de la Sierra, de donde era natural, para que si alguno tuviese derechoá ella se le diese; dijo además que ciertas casas que legaba en usufructo á su citada ama pasaran después á la capellanía, y que despues de los días del primer Capellán Juan Moreno, que era el hijo de Pedro Juan, se vendieran y su importe se impusiera á censo para dicha capellanía, y por último dejó el usufructo de una tierra á dicho Pedro Juan y á su mujer María González:

Resultando del mismo testimonio que en la visita de Fray Bernardo

de Córdova se hizo constar que era poseedor de la capellanía El Solo D. Miguel Mellado, el cual por su testamento de 20 de Noviembre de 1652 había agregado á ella los bienes que le correspondieron por herencia de sus padres Juan Moreno é Isabel Ruiz:

Resultando que D. Lucas Grijota Cumplido y demás que con él litigan se mostraron parte como opositores á la capellanía durante la segunda instancia y presentaron diferentes partidas sacramentales para probar su entronque y parentesco con el fundador:

Resultando que D. Francisco Pérez del Villar se presentó también durante la segunda instancia como cesionario de los derechos de Don Antonio Pérez Caballero, acreditando este carácter con una primera copia de la escritura de cesión, y sosteniendo el preferente derecho de su cedente á los bienes de la capellanía por ser sexto nieto de Alonso Pérez, padre del fundador:

Resultando que D. Eduardo Nieto Gil, cesionario de D. Diego Olivares Grijota, se personó también durante la segunda instancia, justificando su cualidad de cesionario, con la pretensión de que desestimando las solicitudes de los demás litigantes se declarase que los bienes dotales que constituyeron la capellanía de que se trataba, con los frutos producidos desde la vacante, pertenecían á su cesionario, á cuyo efecto presentó un árbol en el que resulta quinto nieto de Juan Moreno é Isabel Ruiz y diferentes partidas para su justificación:

Resultando además que entre los primeros que hicieron oposición á la capellanía después de publicados los edictos lo fué D. Antonio Ceballos, en representación de su mujer Doña Juana Vicenta Fernández Huertas, y por defunción de ambos durante la segunda instancia su hijo D. Leopoldo Ceballos Fernández, habiendo sostenido el padre de éste que su citada mujer se hallaba en el noveno grado de parentesco de consanguinidad con el fundador Juan Pérez, á quien suponía hijo de Alonso Pérez:

Resultando que el Ministerio fiscal manifestó en ambas instancias que habiendo en los autos opositores que habían justificado su entronque con el fundador, ningún derecho tenía la Hacienda á los bienes de la capellanía, no obstante lo cual y no habiéndose acordado cosa alguna en la segunda instancia á pesar de tal manifestación continuó interviniendo en la sustanciación del pleito:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres dictó sentencia en 4 de Julio de 1882, declarando no haber lugar á adjudicar como de libre disposición los bienes dotales de la capellanía que se dice fundada por Juan Pérez, Clérigo, á D. Eduardo Nieto Gil y D. Francisco Pérez del Villar, cesionarios respectivamente de D. Diego Olivares Grijota y de Doña Antonia Pérez Caballero, ni á D. Leopoldo Ceballos Fernández, D. Joaquín, Doña Dolores y Doña María de la Concepción Pajuelo Cuevas, D. Lucas y D. Vicente Grijota Cumplido, Don Agustín Grijota García y D. Pablo, Doña Juana, Doña Florentina y Doña Francisca Gil Grijota:

Resultando que D. Lucas y D. Vicente Grijota Cumplido, D. Agustín Grijota García, D. Pablo y Doña Juana Gil Grijota, D. Antonio Benítez Cano Segador, como marido de Doña Florentina Gil Grijota, y D. Vicente Nieto García, como marido de Doña Francisca Gil Grijota, interpusieron recurso de casación, fundados en los siguientes motivos:

1.ª En la infracción de la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 7 de Junio de 1856 y 11 de Setiembre de

1847, según la cual cuando un hecho está legalmente justificado y aceptado durante el curso de los siglos no basta para destruirlo que al hacer la compulsa de los libros parroquiales del pueblo donde se creyó nacida la persona en cuestión no se encuentre una partida de bautismo ó se halle la de otra persona del mismo nombre y edad, hijas de padres desconocidos, sino que se precisan otras pruebas más concluyentes, porque la negación de un hecho legalmente comprobado no puede ser aceptable en juicio sino por la demostración afirmativa de otro hecho de cuya existencia se deduzca la absoluta imposibilidad del primero, y siempre que no se prueba la falsedad ó suplantación de la partida de bautismo con que se acreditaba su mejor derecho queda justificado su entronque con el fundador:

2º En que al declarar la Sala sentenciadora que el testimonio obrante en autos con relación á la capellanía no reviste carácter ni condiciones para declarar á favor de ninguno de los litigantes los derechos civiles á que aspiran, quebrantan la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 24 de Setiembre de 1864 y en otras, que da al Prelado diocesano la principal intervención en la fundación y colación de capellanías colativas:

3º En el error de hecho en que incurre la Sala sentenciadora al fijar el primer Capellán llamado por el fundador para el disfrute de la capellanía; que se demuestra con el testimonio de la escritura de fundación y con el mismo apuntamiento;

Y 4º En que al negar el fallo recurrido el derecho de los litigantes á los bienes dotales de la capellanía, infringe los principios terminantes de la ley de 19 de Agosto de 1841 y de su aclaratoria de 15 de Junio de 1856, confirmados y explicados por las sentencias de este Tribunal Supremo de 19 de Agosto de 1841, 19 de Abril de 1850, 30 de Mayo de 1863 y 14 de Marzo de 1877 y por otras, que establecen que los bienes de las capellanías colativas á cuyo goce están llamadas ciertas y determinadas familias deben adjudicarse á los individuos en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco, según los llamamientos, sin diferencia de edad, sexo, condición ni estado, siendo preferidos en una misma línea los parientes más próximos, y debiendo atenderse á lo que se prescribe en la fundación para saber cuál es la mejor línea:

Resultando que D. Francisco Pérez del Villar, en el concepto de cesionario de D. Antonio Pérez Caballero, interpuso asimismo recurso de casación, manifestando que se adhería á los motivos invocados por Don Lucas Grijota y litis socios:

Resultando que D. Eduardo Nieto Gil, cesionario de D. Diego Olivares Grijota, utilizó el mismo recurso, fundado en los siguientes motivos:

1º En haber sido infringida la ley 10, tít. 14, Partida 3ª, que dispone que para haber uno la cosa que demanda como suya bastará que pruebe la pertenencia que él, su padre, abuelo o aquél á quien herede hayan tenido, puesto que el testimonio expedido por el Prior de Magacela en virtud de auto del Juez de primera instancia de Villanueva de la Serena fué extendido por el Notario eclesiástico D. Tomás Malfeito y debe ser considerado como compulsa autorizada; y por cuanto en el supuesto de que la Sala sentenciadora haya considerado insuficiente dicho testimonio para legitimar el entronque de D. Diego Olivares Grijota con el fundador, existe otro documento preciso y que no

deja lugar á duda sobre las pretensiones del recurrente, cual es la compulsa autorizada de un testimonio referente á la visita de la capellanía que obró en el pleito de concurso seguido en los años 1810 y 1820 para proveer la vacante entonces ocurrida, en cuyo pleito fué reconocida, dicha compulsa como documento legítimo:

2° La cláusula del testamento del fundador de la capellanía en que dice de una manera terminante que debe darse á quien tenga mejor derecho, porque apreciando el contenido de esta cláusula en relación con las partidas de bautismo que en unión del árbol genealógico obran en autos, se viene al convencimiento de que los bienes dotales de la capellanía pertenecen á D. Diego Olivares Grijota, de quien el recurrente es cesionario;

Y 3° Los artículos 1° y 2° de la ley de capellanías de 19 de Agosto de 1841, modificada primero por la de 6 de Febrero de 1855 y rectificada después por la de 15 de Junio de 1856; en el concepto de que armonizadas estas disposiciones legales con la cláusula de fundación, resulta que en el presente caso deben ser llamados á la capellanía los parientes más próximos al fundador, y en su defecto, si como entiende la Sala sentenciadora no puede apreciarse el entronque con éste porque no hay partidas que acrediten la descendencia, deben adjudicarse los bienes á los más próximos al que aquél señalan como tronco; puesto que justificado está por los documentos obrantes en autos el entronque con Don Diego Olivares Grijota con D. Juan Moreno, tronco de la fundación:

Resultando, por último, que D. Leopoldo Ceballos Fernández ha recurrido igualmente, fundado en los siguientes motivos:

1° En la infracción de la ley 19, tít. 22, Partida 3ª, que trata de la autoridad de la cosa juzgada, y de la 40, tít. 16 de la misma Partida, que habla de la fuerza que hacen los testigos en los pleitos; por cuanto al terminarse el pleito de concurso de 1810 á 1820, el Tribunal reconoció con el derecho á la fundación la fundación misma, y toda vez que aun no reconociendo, como no reconoce la Sala sentenciadora la Autoridad eclesiástica al no creer á sus delegados Fray Manuel de Arce y Fray Francisco Calderón de la Barca, Visitadores generales de capellanías que practicaron su visita, en la que es objeto de este pleito en 1719, y Fray Bernardino de Córdova y Guzmán que la visitó con igual carácter en fecha anterior, los cuales pudieron hacer y deshacer si hubieran notado algún defecto, no puede menos de concederse que dichos tres frailes deben ser considerados como testigos de mayor excepción, ó en último término como testigos ordinarios:

2° En haber sido igualmente infringidos los artículos 1°, 2° y 6° de la ley de 19 de Agosto de 1841, restablecida en 1855 y aclarada por la de 14 de Junio de 1856; en el concepto de que con arreglo á dichas disposiciones ha debido la Sala sentenciadora adjudicar los bienes de la capellanía en concepto de libres al pariente más próximo del fundador por mejor línea, que es el recurrente, porque demostrado esta en autos que su línea se halla limpia de hijos ilegítimos, y es además la única línea posible tratándose de un sacerdote de hace tres siglos, y la colateral de una de las partes opositoras no estaba probada en autos según declara el fallo recurrido:

3° En la infracción de la ley 114, tít. 18, Partida 3ª, y de los artículos 578 y 596, núm. 6° de la ley de Enjuiciamiento civil, que tratan del valor en juicio de las cartas ó documentos públicos, toda vez que en autos constan una por una todas las partidas sacramentales de los

individuos que forman el arbol genealógico de la línea de entronque del recurrente con el fundador de la capellanía:

4° En la infracción de la ley 2ª, tít. 2°, Partida 3ª, que dice que el demandado debe probar en juicio su demanda si le fuese negada, ó lo que es lo mismo que la prueba, el fallo ha de serle favorable:

5° En el error de hecho que resulta de declarar la Sala sentenciadora en el cuarto considerando que la prueba del recurrente es deficiente porque no consta quiénes fueran los padres del fundador Juan Pérez, no obstante hacerse constar en el apuntamiento que en un libro de bautismo que empezó en 1518 y concluyó en 1572 existe una partida que dice que en 20 de Setiembre se bautizó Juan, hijo de Alonso Pérez, y que esta partida, así como otras, fué cotejada con su original, previa citación del Promotor fiscal y de las demás partes opositoras:

6° En haber sido infringido asimismo el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, que dice que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas, por cuanto todos los opositores á la capellanía no han pedido sino la adjudicación de sus bienes, y el Ministerio fiscal, único que puede oponerse á esto, ha venido á declarar con su conducta que deben adjudicarse dichos bienes, quedando así reducida la cuestión ventilada en estos autos á la mejor línea y dentro de ésta mejor grado para los efectos de los artículos 1°, 2° y 6° de la ley de 19 de Agosto de 1841 y 1° de la de 14 de Junio de 1856;

Y 7° En que al declarar la Sala sentenciadora en los considerandos primero y último de la sentencia que el testimonio obrante en autos con relación á la capellanía es insuficiente para justificar la institución de dicha fundación, y decir después en el considerando 4° que en autos existe algún dato que se opone á la aseveración de que Juan Pérez fuese natural de Villanueva de la Serena, puesto que expresó en la fundación que lo era de Santa Cruz de la Sierra, incurre en una evidente contradicción comprendida en el caso 4° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que son improcedentes los motivos 1°, 2° y 3° del recurso interpuesto por Lucas Grijota Cumplido y litis socios, y á los que se ha adherido D. Francisco Pérez del Villar, cesionario de D. Antonio Pérez Caballero, el primero porque la doctrina que en él se invoca no se desconoce en la sentencia recurrida, la cual, al negar el derecho de los interesados á los bienes, se funda no en la falta de determinada partida sacramental, sino en las varias y distintas razones que expone; el segundo porque de la competencia de la Autoridad eclesiástica diocesana en lo referente á la colación y canónica institución de las capellanías colativas no puede deducirse que el testimonio relativo á la fundada por Juan Pérez y que no se ha cotejado ni sido objeto de diligencia alguna, tenga todo el valor y fuerza de un documento público, ni surta otro efecto que el de corroborar la existencia indubitable de la capellanía, y el tercero porque en la hipótesis de que en algún considerando de la sentencia se hubiese padecido equivocación al hablar del primer capellán llamado por el fundador, esta equivocación no afectaría al derecho ejercitado por los litigantes, atendidos los demás fundamentos que el fallo contiene:

Considerando que la infracción alegada por todos los recurrentes de los artículos 1°, 2° y 6° de la ley de 19 de Agosto de 1841 y de la ley de 15 de Junio de 1856 sólo puede sostenerse haciendo de la dificultad

supuesto, una vez que la sentencia se basa en que aquéllos no han probado su parentesco con el fundador:

Considerando que la ley 10, tít. 14, Partida 3ª y la ley de la fundación que D. Eduardo Nieto Gil, cesionario de D. Diego Olivares Grijota cita como infringidas, no han podido serlo porque la mencionada ley de Partida que se refiere á los que poseen la cosa, ó deben ser tenidos como poseedores de ella, carece de aplicación á este caso, y porque la sentencia nada decide en contra de la fundación y se limita á negar el derecho de Olivares Grijota y de los demás que solicitaban la adjudicación de los bienes en virtud de la apreciación que hace de todas las pruebas suministradas por los mismos, sin que en tal apreciación exista error de derecho demostrado por violación de ley ó doctrina legal, ni error de hecho resultante de documentos ó actos auténticos que evidencien la equivocación del Juzgador:

Considerando, en cuanto al recurso interpuesto por D. Leopoldo Ceballos Fernández, que son inaplicables también á la cuestión del pleito las leyes 19, tít. 22, y 40, tít. 16, Partida 3ª, en el supuesto de que la última se hallase en vigor, porque no existe aquí cosa juzgada, ni se trata de la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos; que no se ha infringido la ley 114, tít. 18 de la misma Partida, porque según queda indicado, la Sala sentenciadora no niega la autenticidad de los documentos presentados, sino que los estima insuficientes para areditar el derecho de los interesados; que ni la ley 2ª, tít. 2° de la citada Partida, ni los artículos 578 y 596 de la ley de Enjuiciamiento civil pueden servir de fundamento á un recurso de casación en el fondo; y por último, que circunscribiéndose, como se ha dicho, la parte dispositiva de la sentencia á resolver que no ha lugar á adjudicar, como libres los bienes de la capellanía, es congruente con las pretensiones de los litigantes que consistían precisamente en pedir esa adjudicación en el expresado concepto;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación interpuestos por D. Lucas y D. Vicente Grijota Cumplido, D. Agustín Grijota García, D. Pablo y Doña Juana Gil Grijota, D. Antonio Benítez Cano Segador y D. Vicente Nieto García, estos dos últimos en el concepto en que litigan, D. Francisco Pérez del Villar y D. Eduardo Nieto Gil, en concepto también en que litigan y D. Leopoldo Ceballos Fernández, á quienes condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Cáceres la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 20 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 23 de Enero de 1884.)

336

Recurso de casación (*20 de Noviembre de 1883*).—*Sala primera.*—Abono de daños y perjuicios.—No ha lugar al interpuesto por la Compañía de canalización y riegos del Ebro con la viuda é hijos de D. Juan Bautista Senté (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que es circunstancia inherente á las obras de carácter público, que se ejecuten con intervención del Gobierno por medio de sus delegados, ajustándose á los planos y demás trabajos facultativos aprobados*

por el mismo Gobierno; cuya condición se consignó además expresamente entre las que sirvieron de base á la concesión otorgada por la ley de 26 de Noviembre de 1851 para la canalización del Ebro, y en la de 5 de Julio de 1867, que declaró á aquélla subsistente, aunque modificándola y ampliándola en cuanto á los riegos, respecto de lo cual se estableció en los artículos 5º y 6º que la Compañía concesionaria quedaba obligada á presentar á la aprobación del Gobierno el plano general de riegos y los proyectos facultativos de los canales comprendidos en dicho plano:

2º Que no habiéndose justificado, á juicio de la Sala sentenciadora, que las obras de prolongación del canal de que provienen los daños y perjuicios reclamados en el pleito, se comprendieran en el proyecto aprobado por el Gobierno; y resultando, por el contrario, de los documentos presentados, que no existe en las oficinas públicas petición alguna dirigida á obtener la autorización necesaria para prolongar la acequia de que se trata, como tampoco para cegar con los malecones construidos las escorrencias naturales, ni que en la ejecución de las obras de dicha prolongación se haya cumplido con ninguno de los requisitos reglamentarios prescritos para la expropiación de terrenos, es indudable que no deben aquéllas calificarse como de utilidad pública, y que por haberse ejecutado sin el concurso de la Administración, no es ésta competente para conocer de la reclamación de los perjuicios á que las referidas obras han dado lugar;

Y 3º Que en virtud de lo expuesto, la sentencia que condena al abono de esos perjuicios no infringe la ley de la concesión de 26 de Noviembre de 1851; los párrafos 2º y 3º de la Real orden de 19 de Setiembre de 1845; el art. 27 de la Instrucción de 27 de Julio de 1853; el párrafo 6º del art. 83 de la ley de 25 de Setiembre de 1863; el art. 8º de la ley de 2 de Abril de 1845; el art. 46 de la ley orgánica del Consejo de Estado, y el 267 de la de organización del Poder judicial; motivos de casación basados todos en el equivocado concepto de que las mencionadas obras son de carácter público para deducir la incompetencia de la jurisdicción ordinaria respecto al conocimiento del litigio, siendo así que en él no se trata de materia administrativa.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Tortosa y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Julio Carballo, Ingeniero, de nacionalidad francesa, domiciliado en Tortosa, y la viuda é hijos de D. Juan Bautista Senté, vecinos de París, con la *Real Compañía de canalización y riegos del Ebro*, sobre abono de daños y perjuicios; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Juan de la Concha Castañeda y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, en defensa y representación de la Compañía demandada; habiendo sido defendidos y representados los demandantes por el Licenciado D. Antonio Barbeu y el Procurador D. Lino de Villar y Sancha:

Resultando que en 19 de Enero de 1877 acudieron al Juzgado de primera instancia de Tortosa D. Julio Carballo y la viuda é hijos de D. Juan Senté, proponiendo demanda civil ordinaria contra la Real Compañía de canalización y riegos del Ebro con la solicitud de que se condenase á ésta á pagarles el importe de los daños y perjuicios que enumeraron y detallaron con el interés legal del mismo desde que se contestare la demanda, estableciendo al efecto los siguientes hechos: que eran propietarios de ciertos terrenos que determinaron con rela-

ción á un plano, y la Compañía demandada construyó el canal que se veía en dicho plano con las letras D. E. que vertía sus aguas en el escorrentío natural que figuraba con el nombre de la aguja pequeña, con el cual y el contiguo canal de desagüe que existía, llamado de Becasinir, que venía á desembocar en el brazo de la aguja grande, quedaban aquellos terrenos perfectamente cultivables con sus caminos en seco para el tránsito y extracción de las cosechas con facilidad y baratura; que en el año 1859 la Compañía demandada prolongó el citado canal de riego D. E. atravesando los brazos de desagües naturales de las tres agujas y cerrándolas con los dos malecones que formaban dicho canal; que la Compañía ofreció al Sindicato de riegos de Amposta el hacer desaparecer el obstáculo opuesto al curso de las aguas, construyendo al efecto un azarbe paralelo; y que no habiendo sido ni con mucho suficiente este azarbe para dar curso á las aguas, inundaron éstas los terrenos y caminos de los demandantes, excepto unos pequeños puntos que se hallaban marcados en el plano:

Resultando que citada y emplazada por virtud de esta demanda la Compañía de canalización del Ebro, se personó en tiempo, y habiéndosele hecho entrega de los autos para contestación, los devolvió proponiendo la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción en favor de los Juzgados de Barcelona donde la Junta directiva de aquella Compañía tenía su domicilio, puesto que se trataba del ejercicio de una acción personal, cuya excepción fué desestimada por haber sido propuesta fuera del término legal:

Resultando que trascurrido el término que se concedió á dicha Compañía para contestar la demanda, le fué acusada la rebeldía y devolvió los autos sin escrito alguno, y evacuado por la parte demandante el trámite de réplica, siguió el traslado para dúplica con la demandada, y en este escrito se opuso á la demanda con la solicitud de que habiendo sido ésta deducida con notoria improcedencia, con falta de personalidad en la viuda é hijos de D. Juan Senté, y sobre todo sin derecho y acción contra la Compañía, se declarase en definitiva que era improcedente, y que si de algún derecho se creía asistida la parte demandante contra aquella Compañía sobre lo que era objeto de su demanda, lo dedujera en el modo y forma procedentes y ante quien correspondiera; que en el inesperado caso de no sentenciarse en esta forma se declarase que la viuda é hijos de D. Juan Senté no habían acreditado el carácter con que comparecían, y que por lo tanto carecía su Procurador de personalidad para representarles, y que en todo caso se absolviese á la Compañía de dicha demanda con imposición de silencio y callamiento perpetuos á la parte demandante; á cuyo efecto alegó, entre otras razones: que en virtud del plano general de riegos en el delta derecho del Ebro aprobado por el Gobierno, y conforme á la ley de concesión construyó la Compañía el canal de riego llamado de las Agujas primeramente hasta la segunda balsa ó aguja, y después así que las necesidades de los riegos lo exigieron hasta el estanque de la Encañizada, por haberlo así solicitado los propietarios de los terrenos comprendidos entre la balsa ó aguja llamada grande y el estanque, y porque no podía negarse la Compañía á hacerlo por estar obligada por la ley de concesión de las obras de 26 de Noviembre de 1851; que esta ley autorizó la canalización del río Ebro desde Escatrón al mar y de un canal desde Amposta á las Alfaques, bajo las condiciones expresadas en el pliego adjunto á la misma; según la primera de las cuales debía la Compañía proceder á la ejecución de

las obras necesarias para los riegos, conforme á los planos y demás trabajos facultativos aprobados por el Gobierno, y habiendo la Compañía construído el canal de riego de las Agujas en virtud de las precitadas disposiciones legales, dejando expedito el desagüe de los terrenos colindantes, no había debido originar perjuicio alguno la construcción de dicha obra á la parte demandante, pues en otro caso se hubiera opuesto ésta á dicha construcción sin consideración alguna, con arreglo á la legislación vigente, y que disponiéndose en la conclusión trigésima de las adjuntas á la citada ley de concesión de las obras de canalización y riegos del Ebro, que si por dar mayor elevación á las aguas del río ó canal, se originasen con las obras perjuicios á los propietarios de las riberas en sus tierras, edificios, artefactos ó cualquiera otro finca, deberían ser indemnizados, según y en los términos prevenidos en la ley de 1836; y habiéndose fundado la demanda en los perjuicios que se suponen originados por consecuencia de obras de riego verificadas por la Compañía, era improcedente toda reclamación ante aquel Juzgado:

Resultando que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia revocatoria en este pleito en 30 de Diciembre de 1882 desestimando las excepciones opuestas por la Compañía de canalización del Ebro á la demanda de Julio Carballo y sucesores de D. Juan Bautista Senté, declarando competente la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de la misma; y condenando á dicha Compañía á la indemnización de perjuicios ocasionados á los mencionados Carballo y Senté, cuya importancia se fijaría en la liquidación que se practicase al llevar á ejecución y cumplimiento esta sentencia:

Resultando que la Compañía de canalización del Ebro interpuso recurso de casación por considerar infringidos:

1° Las condiciones legales publicadas con la ley de concesión de las obras del canal del Ebro de 26 de Noviembre de 1851, y especialmente la 30, que declara que todos los perjuicios que puedan ocasionarse por las obras sean indemnizados según y en los términos que previene la ley de 17 de Julio de 1836, los párrafos segundo y tercero de la Real orden de 19 de Setiembre de 1845, que disponen que las indicadas indemnizaciones y resarcimiento de daños se reclamen ante el Jefe político, y si los asuntos llegan á hacerse contenciosos ante los Consejos provinciales, hoy ante las Comisiones, con arreglo al párrafo cuarto del art. 8° de la ley de 2 de Abril de 1845, con inhibición de cualesquiera otras Autoridades judiciales ó administrativas; el art. 27 de la Instrucción de 27 de Julio de 1853, que combinado con el 26, demuestra que para lo principal y lo accesorio en lo que se refiere á las obras públicas y á la explicación de la ley de 17 de Julio de 1836, los recursos son gubernativos y contenciosos administrativos, cuando tienen estado y el párrafo sexto del art. 83 de la ley de Gobierno de provincias de 25 de Setiembre de 1863, que contiene una disposición igual á la del cuarto del art. 8° de la ley de 2 de Abril de 1845 que vino á sustituirla sin modificarla en esta parte, y que sigue en vigor por virtud de lo dispuesto en el art. 66 de la ley provisional de 1877 y de lo que preceptúa la primera de las disposiciones transitorias de la ley Provincial de 29 de Agosto de 1882, que conserva á las Comisiones provinciales el conocimiento de lo contencioso administrativo, mientras no se creen otros Tribunales á que se encomiende esta clase de asuntos:

2° La disposición contenida en el párrafo tercero del art. 8° de la ley de 2 de Abril de 1845, que encomendaba á los Consejos provinciales el

conocimiento de las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados con la Administración civil ó con las provinciales ó municipales para toda clase de servicios y obras públicas; porque ese precepto está reproducido al tratar de las atribuciones contenciosas de las Comisiones provinciales en la disposición 2ª del art. 66 de la ley de 2 de Octubre de 1877 y en el art. 84 de la de 25 de Setiembre de 1863, que se declara en aquella con fuerza legal, y el art. 46 de la ley orgánica del Consejo de Estado de 17 de Agosto de 1860, que en su párrafo primero declara de la competencia del Consejo constituído en Sala de lo Contencioso el conocimiento de los asuntos que se promuevan respecto al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados directamente por el Gobierno ó por las Direcciones generales de la Administración civil ó militar del Estado para toda especie de servicios y obras públicas, sin que baste decir, como dice la sentencia recurrida, que las obras que se suponen han originado los perjuicios no están comprendidas en las aprobadas ó concedidas por el Gobierno; porque el que carece de atribuciones para entender en lo que concierne al cumplimiento y efectos de un contrato, no las tiene para interpretarle y menos aun para declarar ó juzgar que tales ó cuales obras están hechas cumpliendo el contrato ó infringiéndole abiertamente;

Y 3° El art. 267 de la ley orgánica del Poder judicial que dice que la jurisdicción ordinaria es competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en el territorio español; el 298, que declara que para que los Jueces ó Tribunales tengan competencia se requiere que el conocimiento del pleito ó causa en que intervengan estén atribuídos á la autoridad que ejerzan con arreglo á lo dispuesto en el tít. 6° de la ley, cuyo primer artículo es el antes citado, y el 299, reproducido literalmente con el núm. 54 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, que ordena que la jurisdicción civil podrá prorrogarse á Juez ó Tribunal que por razón de la materia de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía pueda conocer del negocio que ante él se proponga, puesto que se halla demostrado en los anteriores motivos que el asunto que ha dado lugar al pleito, no es de carácter puramente civil, sino de carácter administrativo y contencioso administrativo en su caso:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que es circunstancia inherente á las obras de carácter público que se ejecuten con intervención del Gobierno por medio de sus delegados, ajustándose á los planos y demás trabajos facultativos aprobados por el mismo Gobierno, cuya condición se consignó además expresamente entre las que sirvieron de base á la concesión otorgada por la ley de 26 de Noviembre de 1851, para la canalización del Ebro, y en la de 5 de Julio de 1867, que declaró á aquella subsistente, aunque modificándola y ampliándola en cuanto á los riegos, respecto de lo cual se estableció en los artículos 5° y 6° que la Compañía concesionaria quedaba obligada á presentar á la aprobación del Gobierno el plano general de riegos y los proyectos facultativos de los canales comprendidos en dicho plano:

Considerando que en tal concepto, no habiéndose justificado, á juicio de la Sala sentenciadora, que las obras de prolongación del canal de las Agujas de que provienen los daños y perjuicios reclamados en este pleito, se comprendieran en el proyecto aprobado por el Gobierno y resultando, por el contrario, de los documentos presentados que no

existe en las oficinas públicas petición alguna dirigida á obtener la autorización necesaria para prolongar la acequia de que se trata, como tampoco para cegar con los malecones construídos las escorrentías naturales llamadas las Agujas, ni que en la ejecución de las obras de dicha prolongación se haya cumplido con ninguno de los requisitos reglamentarios prescritos para la expropiación de terrenos, es indudable que no deben aquéllas calificarse como de utilidad pública, y que por haberse ejecutado sin el concurso de la Administración no es ésta competente para conocer de la reclamación de los perjuicios á que las referidas obras han dado lugar:

Considerando, en virtud de lo expuesto, que la sentencia recurrida no infringe las disposiciones legales que se citan en los tres fundamentos del recurso, basados todos en el equivocado concepto de que las mencionadas obras son de carácter público para deducir la incompetencia de la jurisdicción ordinaria respecto al conocimiento del presente litigio, siendo así que en él no se trata de materia administrativa;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Compañía de canalización y riegos del Ebro, á la que condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 20 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1884.)

337

Recurso de casación en asunto de Ultramar (20 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—Cumplimiento de lo convenido en un acto de conciliación.—No se admite el interpuesto por D. Agustín Ríos con D. Pedro Prats (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que según lo dispuesto en el art. 35 *de la ley de casación vigente en Cuba, en el escrito de interposición se ha de expresar en qué párrafo del art.* 7° *está comprendido, y citar con precisión y claridad la ley ó doctrina legal que se cree infringida y el concepto en que lo ha sido, y que faltando estos requisitos, es inadmisible el recurso.*

Resultando que D. Agustín Ríos, en representación de sus hijos menores, ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia de la Habana en autos con D. Pedro Prats, como cesionario de D. José Prats, sobre cumplimiento de lo convenido en un acto de conciliación, citando nudamente los artículos 1041 y 1042 de la ley de Enjuiciamiento civil y el art. 4995, sin expresar de qué Código:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo Mateo Sagasta:

Considerando que según lo dispuesto en el art. 35 de la ley de casación vigente en Cuba, en el escrito de interposición se ha de expresar en qué párrafo del art. 7° está comprendido, y citar con precisión y claridad la ley ó doctrina legal que se cree infringida y el concepto en que lo ha sido:

Considerando que en el presente recurso no se ha expresado cuál es

la disposición de la ley que lo autorice, y se citan como infringidas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil de la Península, que no son aplicables al recurso de casación en Cuba, faltando por lo mismo la cita de la ley vigente que pudiera ser el fundamento legal del recurso, y siendo en tal concepto inadmisible, conforme al caso 4° del artículo 44 de la expresada ley de casación;

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por D. Agustín Ríos, á quienes se condena en las costas: líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido; y publíquese este auto en la forma prevenida por la ley. —(Sentencia publicada el 20 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Febrero de 1884.)

338

Recurso de casación (21 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—NULIDAD DE UNA PROVIDENCIA.—No ha lugar al interpuesto por D. Pedro Laya con Doña María Isabel Cañas y otro (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que cualesquiera que sean el sentido y alcance de las leyes 11, 13, 14 *y* 15, *tít.* 1°, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, no es lícito invocarlas contra resoluciones de los Tribunales que han adquirido fuerza de cosa juzgada.*

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Noviembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Pedro Laya, vecino y del comercio de esta capital, representado y defendido por el Procurador D. Juan Pascual García y el Licenciado D. Tomás María Ariño, con Doña María Isabel Cañas, esposa del D. Pedro, y D. José Dordal, como marido de Doña Angela Cañas, sobre nulidad de una providencia, en la que se acuerda la entrega de cierta cantidad:

Resultando que promovido juicio de testamentaría por fallecimiento de D. José Cañas, por auto que dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia en 12 de Mayo de 1881 se declaró no haber lugar á tener por parte en dicho juicio á D. Pedro Laya como representante de su esposa Doña María Isabel de Casas; y habiendo pedido ésta y su hermana Doña Angela, únicas hijas y herederas del D. José, que se sobreseyera en las actuaciones, así se estimó por auto del Juez de 1° de Diciembre de dicho año de 1881, mandándose, de conformidad con lo pedido por aquéllas, que se dejaran los bienes mancomunadamente á disposición de D. José Dordal y D. Mariano de Caldas, en representación de dichas herederas; cuyo auto fué consentido por éstas:

Resultando que D. Pedro Laya solicitó posteriormente que se pusieran á su disposición los frutos, rentas y beneficios que producían los bienes dotales y parafernales que correspondían á su esposa en la testamentaría de su padre, y que se le autorizase para intervenir en todas las operaciones de administración; pretensión que fué denegada por auto que causó ejecutoria de 24 de Diciembre de 1881:

Resultando que D. Benito Rodríguez demandó el pago de los honorarios que había devengado como Letrado en el juicio de testamentaría; y habiéndose mandado requerir á D. José Dordal y D. Mariano Caldas para que como encargados de los bienes de la herencia le abonasen 1.800 pesetas á que ascendían dichos honorarios, presentaron escrito Doña María Isabel y Doña Angela Cañas solicitando que para el pago de dicho crédito y otras atenciones de la testamentaría se entregasen á Dordal y Caldas 30.000 pesetas de las consignadas en la Caja general de Depósitos y por providencia de 1° de Febrero de 1882 se mandó entregar á Dordal y Caldas la indicada suma, de la que en su día darían la oportuna cuenta:

Resultando que D. Pedro Laya solicitó que de plano se declarase la nulidad de dicha providencia, porque estando pendiente en la Superioridad el juicio de testamentaría carecía de competencia el Juzgado para resolver la entrega de sus bienes, y si á ello no hubiera lugar que se repusiera el proveído declarando no haber lugar á entregar las 30.000 pesetas, supuesto que habían recibido anteriormente otras las herederas y estaban satisfechas gran parte de las costas:

Resultando que conferido traslado á Doña María Isabel y Doña Angela Cañas le evacuaron, pidiendo se declarase no haber lugar á la nulidad de la providencia de 1° de Febrero, la cual se llevara inmediatamente á debido efecto, y que en vista de la temeridad de D. Pedro Laya se le impusiera perpetuo silencio en los autos de testamentaria, sin perjuicio de que si tuviera algo que reclamar de su esposa lo dedujera en la vía y forma que procediera; que se trataba del cumplimiento de una ejecutoria, por la que se había declarado que no se tuviera por parte en los autos de testamentaría á D. Pedro Laya, con arreglo á lo cual las herederas quedaron en libertad de obrar como mejor conviniera á sus intereses; que Laya no tenía razón alguna para disponer de los bienes parafernales, cuyo dominio y administración corresponde á la mujer, tanto más cuanto que se habían hecho absolutamente incompatibles los derechos é intereses de ambos cónyuges; que si creía tener derecho á la dote ó ser acreedor á la testamentaría podía instar con arreglo á derecho donde correspondiera, y que si creía le correspondían como gananciales los productos y rentas del caudal de su esposa, el auto de 24 de Diciembre que estaba consentido se lo negaba:

Resultando que seguido el incidente por sus trámites el Juez de primera instancia dictó auto declarando no haber lugar á la nulidad de la providencia de 1° de Febrero ni á su reposición, condenando á Don Pedro Laya al pago de las costas; é interpuesta apelación por éste la Sala primera de lo civil de la Audiencia, por auto de 13 de Octubre de 1882, confirmó el apelado:

Resultando que D. Pedro Laya interpuso recurso de casación, alegando como motivo que la Sala sentenciadora, accediendo á la entrega solicitada por la esposa del recurrente á que D. Mariano de Caldas perciba 15.000 pesetas, subrrogándose una facultad y un poder que nadie le ha otorgado y una personalidad de todo punto desconocida, ha cometido grave error de derecho, infringiendo de un modo terminante la ley 11, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y toda la doctrina legal establecida en nuestros Códigos acerca de las facultades del marido respecto á los bienes de su mujer, ora sean dotales ó parafernales, y de la capacidad de la mujer casada para celebrar contratos y cuasi contratos, consignada y limitada en las leyes, también infringi-

das, 13, 14 y 15 de dichos título y libro de la Novísima Recopilación:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que no son aplicables en el presente caso, y por consiguiente no han podido infringirse las leyes citadas en el motivo expuesto, porque cualesquiera que sean su sentido y alcance, no es lícito ir contra resoluciones de los Tribunales que han adquirido fuerza de cosa juzgada, cuyo carácter corresponde á las de 21 de Mayo y 24 de Diciembre de 1881 que negaron al recurrente toda intervención en el juicio de testamentaría y en las operaciones de administración;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Pedro Laya, á quien condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 21 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1884.)

339

Competencia (21 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Ó RESCISIÓN DE UN CONTRATO.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia del distrito de la Izquierda de Córdoba la suscitada con el de igual clase de Antequera sobre conocimiento de la demanda entablada por Doña Amalia Campo contra Don Fernando Oribe, y se resuelve:

Que según la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente para conocer en los juicios en que se ejerciten acciones personales el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del en que se haya celebrado el contrato, si hallándose en él, aunque sea accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Noviembre de 1883, en la competencia que ante Nos pende promovida entre los Jueces de primera instancia del distrito de la Izquierda de la ciudad de Córdoba y el de Antequera acerca del conocimiento de la demanda de menor cuantía deducida por Doña Amalia Campo Simón contra D. Fernando Oribe García sobre indemnización de perjuicios ó rescisión de un contrato:

Resultando que en contrato privado otorgado en Córdoba á 15 de Junio de 1882 por Doña Amalia Campo y D. Fernando Oribe, éste representante de varias fábricas, vendió á la primera un piano en precio de 3.300 rs., pagaderos á plazos, quedando el vendedor responsable de la bondad y solidez de aquél por término de tres años:

Resultando que con presentación de dicho documento dedujo demanda de menor cuantía Doña Amalia Campo en el Juzgado de Antequera en 10 de Mayo último contra D. Fernando Oribe, exponiendo, después de referirse al contrato de que se ha hecho mérito, que se notaban en el piano algunos defectos que lo inutilizaban para su uso; y que habiendo sido requerido inútilmente el vendedor para que los subsanase, procedía y solicitaba, haciendo uso de la oportuna acción per-

sonal, se condenara á D. Fernando Oribe á que corrigiera los defectos que á juicio de peritos tuviera el piano, teniendo en otro caso por rescindido el contrato con mutua devolución de la cosa y del precio.

Resultando que conferido traslado de esta demanda á D. Fernando Oribe, fué citado y emplazado por medio de exhorto, que al efecto se libró al Decano de los Jueces de primera instancia de Córdoba y correspondió por repartimiento al del distrito de la Izquierda, al cual acudió el demandante haciendo uso de la inhibitoria, y solicitando se declarase competente para conocer de la demanda en atención á tratarse de la garantía de un objeto vendido en aquella ciudad, cuyo Juzgado era el único competente por ejercitarse en la demanda una acción personal exigible ante el Juez del domicilio del demandado y del lugar del contrato con arreglo á la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que oído el Fiscal municipal que estuvo conforme con la inhibición pretendida proveyó auto el Juez de la Izquierda de Córdoba en 26 de Mayo último y fundado en las consideraciones expuestas por D. Fernando Oribe, declaró haber lugar á la inhibición pretendida y que se requiriese en forma al Juez de Antequera á fin de que remitiera los autos á aquel Juzgado como único competente para conocer de la demanda:

Resultando que puesta aquella decisión en conocimiento del Juez de Antequera, á la demandante y al Fiscal, después de que impugnaron la inhibición, declaró no haber lugar á ella teniendo en consideración que en las acciones personales surte fueron preferente el lugar en que la obligación deba cumplirse, pudiendo éste aparecer expresamente señalado ó implícitamente estimado y deducido de la misma naturaleza del contrato; y siendo el celebrado el de compra venta al que siguió la entrega del precio y de la cosa en esta ciudad, es visto que aquí tuvo su cumplimiento en aquellos principales extremos, y debe tenerlo en lo que es accesorio ó incidental del mismo contrato, en cuyo supuesto, y con arreglo al precepto del art. 62 de la ley y su regla 1ª, este Juzgado es el único competente para entender en el presente asunto:

Resultando que el Juez de la Izquierda de Córdoba insistió en la inhibición, y en su virtud uno y otro elevaron á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Benito de Ulloa y Rey:

Considerando que según la regla 1ª del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, es Juez competente para conocer en los juicios en que se ejerciten acciones personales el del lugar en que debe cumplirse la obligación, y á falta de éste, á elección del demandante, el del domicilio del demandado ó el del en que se haya celebrado el contrato, si hallándose en él aunque sea accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento:

Considerando que la parte demandante conviene en que la demandada es vecina de la ciudad de Córdoba: que en este pueblo se otorgó el documento privado de 15 de Junio de 1882, que acusa la existencia del contrato, como que en este documento funda la demanda, por la cual ejercita una acción personal, sin que en él se hubiese pactado en dónde se había de cumplir la obligación que se contraía, y por consiguiente tiene todo el valor jurídico que es necesario para resolver con acierto el presente conflicto sin que pueda desvirtuar su eficacia la de-

claración individual consignada en el acta notorial, porque no habiendo intervenido en ella la parte demandada no perjudica su derecho:

Considerando, según esto, que ejercitándose una acción personal, habiéndose celebrado el contrato en la ciudad de Córdoba y siendo vecino de la misma el demandado, sin que por otro lado se hubiese pactado en dónde se había de cumplir la obligación, es evidente que al Juez de Córdoba corresponde el conocimiento en este juicio, según la ordena clara y terminantemente la ley de Enjuiciamiento civil en el artículo citado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de estos autos corresponde al Juez de primera instancia del distrito de la Izquierda de la ciudad de Córboba, al que se remitan todas las actuaciones para que proceda con arreglo á derecho; y póngase esta resolución en conocimiento del Juez de primera instancia de Antequera. —(Sentencia publicada el 21 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 3 de Diciembre del mismo año).

340

Recurso de casación en la forma (21 *de Noviembre de* 1883). —*Sala tercera.*—Pago de cantidad.—No ha lugar al interpuesto por Doña Francisca Carratalá y sus hijos con D. Miguel Carratalá y España (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que la falta de personalidad expresada en el núm. 2° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil no se refiere á lo que puede resultar del derecho ó acción con que se litiga, sino á la capacidad personal para demandar ó comparecer en juicio.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Alicante y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Velencia por D. Miguel Carratalá y España, propietario, vecino de Alicante, con Doña Francisca Carratalá, por sí como heredera de su difunto hijo D. Juan Ferrándiz Carratalá y como madre y legal representante de los menores D. Rafael, D. Vicente y Doña Carmen Ferrándiz y Carratalá, y D. José, D. Miguel, Doña Francisca, Doña María y Doña Loreto Ferrándiz Carratalá, como viuda la primera y los demás hijcs de D. Juan Ferrándiz Antón, vecinos del pueblo de San Vicente, sobre pago de 125.000 pesetas y sus intereses; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto á nombre de la viuda y herederos de D. Juan Ferrándiz y Antón, á quienes ha representado el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Licenciado D. Faustino Rodríguez San Pedro, habiendo representado y defendido á D. Miguel Carratalá el Procurador D. Juan Pascual García y el Licenciado D. José María Cremades:

Resultando que por escritura otorgada en 31 de Agosto de 1877 D. Juan Ferrándiz y Antón confesó haber recibido de D. Miguel Carratalá y España la cantidad de 125.000 pesetas, que se obligó á devolverle en cinco plazos iguales de 25.000 pesetas en los días 30 de Agosto de 1878 á 1882, con el interés del 7 y medio por 100 anual, estableciendo, entre otras condiciones, que si al vencimiento de cualquiera de

los plazos no se pagase puntualmente la cantidad que se adeudase por principal y réditos vencidos se considerarían cumplidos todos, de tal suerte que quedase expedita al Carratalá la acción ejecutiva para reclamar y obtener de Ferrándiz la cantidad que le restase adeudando de las 125.000 pesetas, con los intereses ocasionados por la suma pendiente de pago y que originase la misma hasta el momento de realizarse su solvencia; y en garantía de estas obligaciones el D. Juan Ferrándiz Antón constituyó hipoteca sobre varias fincas de su propiedad:

Resultando que declarada en estado de quiebra la Sociedad establecida en Alicante bajo la razón de José Bas y hermano en la junta de reconocimiento de créditos celebrada en 19 de Noviembre de 1877 presentó á los acreedores unas proposiciones de convenio que fueron admitidas por éstos y aprobadas por el Juzgado; según ellas D. José Bas se obligaba á satisfacer el 54 por 100 de la suma á que ascendieran los créditos que se declarasen legítimos contra la masa de la quiebra en 10 años y partes iguales, que empezarían á contarse desde el día que se hubiera entregado el activo de la quiebra y se hubiese puesto en completa libertad y actitud legal á D. José Bas para empezar á dar el giro conveniente á sus negocios, y por la condición 4ª D. Miguel Carratalá España, en garantía del cumplimiento de aquellas proposiciones, cedió á los acreedores de la quiebra la obligación hipotecaria que á su favor tenía constituída D. Juan Ferrándiz y Antón en 31 de Agosto de aquel año de 1877 por la suma de 125.000 pesetas: que como Don Juan Ferrándiz estaba obligado á pagar su deuda á razón de 25.000 pesetas anuales, Carratalá al momento que recibiese cualquiera de los plazos quedaba obligado personalmente para con los mismos acreedores de la quiebra por la cantidad del plazo ó plazos que hubiese recibido: que si Ferrándiz estuviese debiendo algún plazo de los cinco en que estaba dividida su obligación, y hallándose en este estado ocurriese que Bas tampoco hubiese satisfecho á su debido tiempo alguno de los plazos á que estaba obligado, entonces los acreedores podrían dirigirse por derecho propio y en virtud de la cláusula 4ª de la escritura otorgada por el mismo Ferrándiz contra todas las fincas en ella designadas y cual si hubiera ya vencido todos sus plazos, cobrando los acreedores de la quiebra por sí mismos el plazo ó plazos vencidos de la obligación contraída por Bas en este convenio: que los intereses á que estaba obligado Ferrándiz por la mencionada escritura los percibiría como suyos D. Miguel Carratalá; entendiéndose que la palabra fianza que se hallaba en algunas de las cláusulas de las proposiciones se sustituía con la palabra hipoteca para todos los efectos legales; cuya obligación ratificó D. Miguel Carratalá, y por auto de 4 de Abril de 1878 se aprobó el convenio:

Resultando que en 27 de Setiembre de 1879 D. Miguel Carratalá España, con presentación de la referida escritura, dedujo demanda ejecutiva contra los bienes de D. Juan Ferrándiz y Antón, en el día de su viuda y herederos, que lo eran Doña Francisca Carratalá y D. Juan, Doña Francisca, Doña María, D. Miguel, Doña Loreto, D. Vicente, Don Rafael, Doña Carmen y D. José Ferrándiz y Carratalá, por la suma de 125.000 pesetas que se hallaba adeudando al D. Miguel, por los réditos vencidos y que se vencieran hasta el completo pago, á razón del 7 y medio al año; y por las costas causadas y que se causasen hasta la terminación del juicio; y al efecto expuso que vencidos en 30 de Agosto de 1878 el primer plazo de la relacionada escritura; importante 34.385

pesetas, y en 30 de Agosto del entonces corriente año el segundo, importante 32.500 pesetas, D. Juan Ferrándiz Antón no había verificado su pago sin embargo de las reiteradas reclamaciones amistosas que le había dirigido el demandante; y que muerto el Ferrándiz y Antón, heredero, no habían querido cumplir lo estipulado por aquél en la escritura de préstamo:

Resultando que dispuesto por el Juez que se acreditara, como se verificó, el fallecimiento de D. Juan Ferrándiz y Antón y la declaración de herederos abintestato en favor de sus hijos, se trajo también á los autos testimonio de varios particulares de la quiebra de D. José Blas y hermano; y después de ciertas actuaciones, por auto de 11 de Noviembre de 1882 se mandó despachar la ejecución solicitada; y hechos los oportunos requerimientos de pago á los interesados, como no lo verificasen, se practicó embargo de bienes y se citó á aquéllos de remate:

Resultando que Doña Francisca Carratalá y sus hijos se opusieron á la ejecución, alegando las excepciones de nulidad del título en virtud del cual se había despachado aquélla y la falta de personalidad en el ejecutante D. Miguel Carratalá; y expusieron en cuanto á ésta que Don Miguel Carratalá no tenía personalidad para reclamar de la viuda y herederos de D. Juan Ferrándiz el crédito hipotecario de 125.000 pesetas confesado por el difunto Ferrándiz en favor de Carratalá en la escritura base de la ejecución, porque su personalidad, acción y derechos lo trasmitió á los acreedores accionarios de D. José Blas y hermano desde el momento en que la palabra fianza se sustituyó por la de hipoteca para todos los efectos legales, y no teniendo personalidad para reclamar el crédito no podía haber lugar á pronunciar sentencia de remate; y concluyeron solicitando se declarase no haber lugar á pronunciar sentencia de remate, condenando á D. Miguel Carratalá y España en todas las costas del juicio:

Resultando que conferido traslado al ejecutante, le evacuó pretendiendo se declarase no haber lugar á la admisión de las excepciones propuestas por los ejecutados y que se sentenciaran los autos de remate mandando seguir la ejecución adelante; y alegó entre otras consideraciones que los ejecutados confundían la falta de personalidad en el actor con la carencia en el mismo de derecho para pedir, ó sea la falta de acción, cosas distintas entre sí y que producen diferentes efectos legales: que según la base del convenio de D. José Blas con sus acreedores, la obligación contraída por aquél fué condicional, dependiente en último término de la rehabilitación del quebrado para ejercer el comercio, dando el giro conveniente á sus negocios; y como esto no había tenido aún lugar, la eficacia del convenio con sus acreedores se hallaba en suspenso hasta tanto se cumpla la condición estipulada: que aun concediendo que D. Miguel Carratalá hubiera hecho formal cesión á los acreedores de D. José Blas del crédito hipotecario que tiene contra D. Juan Ferrándiz, no por ello podía sostenerse que carecía de personalidad en este juicio, pues los ejecutados, no sólo confundían el derecho de pedir con la falta de personalidad del que pide, sino que afirmaban que por el contrato de cesión D. Miguel Carratalá había trasmitido á los cesionarios su personalidad, acción y derechos:

Resultando que seguido el juicio por sus trámites, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que fué confirmada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia en 16 de Noviembre de 1882, man-

dando seguir la ejecución adelante, hacer trance y remate con los bienes embargados, y con su producto cumplido pago al acreedor Don Miguel Carratalá y España de las 125.000 pesetas del capital adeudado é intereses devengados y que se devenguen al 7 y medio por 100 anual pactado; condenando á los ejecutados Doña Francisca Carratalá y Sellés, por sí y como viuda y heredera de su difunto hijo D. Juan Ferrándiz Carratalá y como legal representante de sus menores hijos Don Rafael, D. Vicente y Doña Carmen Ferrándiz Carratalá, y á D. José, Don Miguel, Doña Francisca, Doña María y Doña Loreto Ferrándiz y Carratalá, por sí y en representación del difunto D. Juan Ferrándiz y Antón, en todas las costas del juicio, excluyendo las de la condena á que se refiere la sentencia de 28 de Octubre de 1881:

Resultando que Doña Francisca Carratalá y sus hijos interpusieron recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando al efecto:

Que una de las excepciones propuestas en primera instancia, sostenida en la segunda, era la falta de personalidad en el ejecutado, porque cediendo terminantemente D. Miguel Carratalá y España en actuación judicial, ratificada bajo juramento, á los acreedores de la quiebra de D. José Bas la obligación hipotecaria constituída por D. Juan Ferrándiz en 31 de Agosto del mismo año en suma de 125.000 pesetas para garantizar en todas sus partes la obligación ó compromiso contraído por Bas, trasfirió su personalidad á los cesionarios mientras éste tuviera pendiente del cumplimiento el compromiso contraído: que habiendo Carratalá sustituído su personalidad con la de los acreedores para dirigirse contra todas las fincas hipotecadas por Ferrándiz en el caso de haber vencido y no pagado alguno de los plazos del capital correspon diente á las 125.000 pesetas, carecía de ella por consiguiente en estos autos, instos al vencimiento del segundo plazo, sin obstar ni resolver el acto de la cesión, hallarse pendiente de cumplimiento la liquidación de créditos y rehabilitación del quebrado, implícita demostración de estarlo también las obligaciones del mismo garantizadas con la cesión:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que la falta de personalidad expresada en el número 2° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiunto civil, en que se funda el motivo de este recurso atribuyéndola á D. Miguel Carratalá y España, no se refiere á lo que puede resultar del derecho ó acción con que se litiga, que es lo que sucede en el presente caso, sino á la capacidad personal para demandar ó comparecer en juicio:

Considerando que no existe por tanto el quebrantamiento de forma que se alega por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Francisca Carratalá y sus hijos, á quienes condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley: devuélvanse los autos á la Audiencia de Valencia, con la correspondiente certificación.—(Sentencia publicada el 21 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Febrero de 1884.)

341

Recurso de casación en asunto de Ultramar (23 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—No ha lugar al interpuesto por la Sociedad Ignacio Urribarri y Compañía con la razón social Llanderal, Avendaño y Compañía (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que si la declaración del demandado absolviendo posiciones, además de hallarse en contradicción con el asentimiento expreso que había prestado á la demanda de tercería y con su formal renuncia á ser parte en el juicio, no está dada contra él, sino contra el que compró la finca objeto de la tercería, no puede aquella confesión producir los efectos de la conoscencia de que hablan las leyes* 2ª *y* 4ª, *tít.* 13, *Partida* 3ª:

2º *Que los artículos* 11, 22 *y* 291 *del Código de Comercio no pueden servir de fundamento al recurso, porque aun en el supuesto de que los compradores, que como comerciantes estaban matriculados en el pueblo donde residían, no se hubiesen inscrito como tales en los Registros correspondientes de la provincia donde radicaba la finca, es indudable que tenían capacidad legal para adquirir el dominio de los bienes que les fueron vendidos:*

3º *Que no se infringe, por no ser aplicable al caso, la ley* 7ª, *tít.* 15, *Partida* 5ª, *si no concurren las circunstancias que la misma exige para que pueda reputarse hecha la enajenación en fraude de acreedores;*

Y 4º *Que para que pueda ser aplicable el art.* 1041 *del Código de Comercio, es preciso que el vendedor haya sido declarado en quiebra á los diez días de realizada la venta.*

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Pinar del Río y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por la *Sociedad Llanderal, Avendaño y Compañía* y D. Fidel Fernández, sobre tercería de dominio; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de D. Ignacio Urribarri y Compañía por el Procurador D. José Arana y Morayta, bajo la dirección del Licenciado D. Rafael María de Labra, habiendo representado y defendido á la Sociedad Llanderal, Avendaño y Compañía el Procurador D. Lorenzo de Póo y el Licenciado D. Teodoro Pérez del Camino:

Resultando que por escritura otorgada en 27 de Noviembre de 1878, D. Fidel Fernández vendió á la Sociedad Llanderal, Avendaño y Compañía un establecimiento de efectos mixtos que tenía en el Cuartón Viñales, en fábrica y terrenos que tenía arrendados á D. Andrés Hernández Ramos en precio de 41.060 pesos billetes, con cuyo precio pagó igual suma que adeudaba á la Sociedad compradora y á D. Emilio Avendaño:

Resultando que á consecuencia del juicio ejecutivo seguido por la Sociedad Urribarri y Compañía contra D. Fidel Fernández, se embargó en 27 de Enero de 1880 el establecimiento de comercio titulado Reforma Montañesa, situado en el barrio Cuajaní, correspondiente al término municipal de Viñales; haciéndose extensivo el embargo á la acción

que tenía D Fidel Fernández al edificio en que se hallaba dicho establecimiento:

Resultando que en 11 de Febrero de 1880, la Sociedad de Llanderal, Avendaño y Compañía dedujo demanda contra la de Urribarri y Compañía y D. Fidel Fernández, exponiendo, después de hacer mérito de la escritura de venta de 27 de Noviembre de 1878, cuya primera copia acompañaba, que el vendedor Fernández, como de la misma aparecía, quedó satisfecho del precio de la venta; que la Sociedad compradora obtuvo licencia á su nombre del Gobierno de la provincia el 21 de Diciembre de 1878 para continuar el tráfico mercantil en la tienda vendida por Fernández; y también obtuvo la inscripción en la matrícula respectiva como lo evidencia la cédula que acompañaba expedida en 16 de Abril de 1879; que hallándose la Sociedad en la posesión tranquila de las especies y tienda comprada, de la que era encargado Don Constantino Iriarte, dependiente de dicha Sociedad, se habían embargado efectos de la tienda en 27 de Enero, así como la acción á la fábrica y terreno á instancia de Urribarri y Compañía en los ejecutivos que seguía contra D. Fidel Fernández; que la Sociedad compradora como cesionaria y dueña de la acción vendida por Fernández había pagado al arrendador D. Andrés Hernández Ramos el alquiler ó renta de la fábrica y terrenos en 1° de Agosto de 1879, debiendo consignar que la fábrica quedaría á beneficio del Hernández Ramos el dia que terminase el contrato de arrendamiento del solar según lo clausulado en aquél, y que Fernández estaba conforme en reconocer el dominio de Llanderal, Avendaño y Compañía, y había manifestado que renunciaría toda intervención en la tercería al ser emplazado, pues así evitaría costas y dilaciones; y después de alegar varios fundamentos de derecho concluyó solicitando que se declarase que le pertenecían los bienes relacionados, y que en el caso de que los demandados no conviniesen en la suspensión del embargo se les condenase á que abonasen á la Sociedad actora los perjuicios que le irrogase dicho embargo y se alzase éste inmediatamente con las costas á cargo del que con temeridad se opusiese á sus justas pretensiones:

Resultando que conferido traslado á la Sociedad de Urribarri y Compañía y á D. Fidel Fernández, éste presentó escrito manifestando su conformidad con la demanda establecida y renunció toda intervención en la tramitación de este juicio, por lo que se le tuvo por conforme y por hecha la renuncia expresada en auto de 9 de Marzo de 1880:

Resultando que la Sociedad de Urribarri y Compañía al contestar á la demanda, expuso que el comerciante Fernández cesó en el pago de sus obligaciones mercantiles en Agosto de 1878; que á pesar de haber cesado en sus pagos no cumplió la obligación de ponerlo en conocimiento del Juez de primera instancia respectivo; que tres meses después de haber cesado en sus pagos vendió todos sus bienes á la de Llanderal, Avendaño y Compañía; que dicha venta se realizó para el pago de deudas particulares y otras que no tenían explicada su causa de deber; que Fernández, para pagar deudas particulares, compró mercaderías á plazos, y vencidos éstos se negó á pagar aquellas deudas de comercio; que Fernández, según propia confesión había quedado insolvente por razón de la venta hecha á la de Llanderal; que á pesar de esta cesación de pagos de este contrato simulado y de esta insolvencia maliciosa, Fernández continuó cobrando á su nombre y en uso de su

derecho créditos pendientes de su establecimiento mercantil; que el contrato de compra venta además del vicio de nulidad que desde su nacimiento le envolvía carecía de los otros requisitos que las leyes exigen para que tengan valor legal dichos contratos, y que la Sociedad de Llanderal, Avendaño y Compañía aparecía cómplice de Fernández con el hecho punible de burlar y defraudar á los acreedores de éste, y concluyó solicitando que en definitiva se declarase sin lugar la demanda con las costas á cargo de la Sociedad actora:

Resultando que después de replicar y duplicar las partes reproduciendo sus respectivas alegaciones y pretensiones, se practicaron las pruebas propuestas por aquéllas; y absolviendo D. Fidel Fernández, manifestó entre otros particulares, que después de la venta en confianza hecha á la Sociedad Llanderal, Avendaño y Compañía, por ser este un acto simulado no se le dió publicidad por ninguno de los medios apropiados para ello, y al decir en el contrato que vendía los créditos activos del establecimiento, se entendían todos los créditos por no haber celebrado contrato público con dicha Sociedad para determinar cuáles eran los créditos que vendía y cuáles los que se reservaba:

Resultando que unidas las pruebas practicadas, el Juez de primera instancia dictó sentencia que fué confirmada por la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 14 de Noviembre de 1882, declarando con lugar la demanda establecida por la Sociedad de Llanderal, Avendaño y Compañía, y que á ésta pertenece el dominio de los efectos embargados y la acción á la casa en que se halla situado el establecimiento La Reforma Montañesa, que se procediera á su desembargo poniéndose constancia de esta sentencia en los autos ejecutivos; condenando á la Sociedad de Urribarri y Compañía á que abone á la actora los perjuicios que le haya causado con el expresado embargo:

Resultando que por parte de la Sociedad D. Ignacio Urribarri y Compañía se interpuso recurso de casación, por conceptuar infringidas:

1° Las leyes 2ª y 4ª, tít. 13, Partida 3ª, confirmadas, entre otras, por la sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de Setiembre de 1879; porque absolviendo posiciones Fernández, confesó el carácter malicioso é ilegal del contrato celebrado con la casa Llanderal; confesión que vino á ratificar otras declaraciones del propio Fernández, hechas en confianza á personas honorables que las repiten en autos; y este Tribunal Supremo tiene establecido que la confesión judicial no es una cuestión de hecho de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora, sino una cuestión de derecho regida por las leyes 2ª y 4ª, tít. 13, Partida 3ª, que dan el carácter de prueba plena en juicio contra el que la presta á la confesión hecha con todas las solemnidades jurídicas:

2° Que la Sala sentenciadora había dado validez á una escritura y á un contrato prescindiendo de que una de las dos personalidades que en ella figuran no existe, como sucede de la casa Llanderal y Compañía, la que para celebrar el contrato y tomar posesión de la tienda de Fernández y sustituirla, como pretendía y en su día oponerse por título de propiedad, necesitaba haber cumplido con los requisitos taxativamente señalados en los artículos 11, 22 y 291 del Código de Comercio, de los cuales ha prescindido la Sala sentenciadora, infringiéndolos por consiguiente:

3° Que también lo habían sido la ley 7ª, tít. 16, Partida 5ª, que sanciona la invalidación de las ventas hechas en perjuicio de acreedores y

el art. 1041 del Código de Comercio, que estima por tales las realizadas dentro de los 10 días anteriores á la declaración de quiebra; porque de autos aparece el hecho de la suspensión de pagos por parte de Fernández tres meses antes de la venta simulada y por lo menos silenciosa de su establecimiento, á cuyo frente quedó administrándolo, pagando por sí el alquiler de la casa y el recibo de la contribución, usando del derecho electoral que le daba el ejercicio de su industria, y practicando, en fin, todos los actos precisos para sostener la confianza de sus acreedores, á los que entretenía con buenas palabras después de haberlos privado de todo medio de hacer efectivos sus derechos, y por otra parte la Sociedad Llanderal ni se inscribió como tal en los Registros usuales, ni sustituyó su nombre al de Fernández en la matrícula de comerciantes, ni adoptó ninguna de las medidas corrientes para que el público conociese que la tienda de Fernández pasaba á ser suya:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la Sala sentenciadora, al estimar en uso de sus facultades que la venta se consumó por la tradición de la cosa vendida, y que ésta es la misma que fué embargada más tarde por la Sociedad Urribarri y Compañía, no infringe las leyes 2ª y 4ª, tít. 13, Partida 3ª, ni la jurisprudencia establecida de conformidad con ellas, que se citan en el primer motivo del recurso, porque la declaración de D. Fidel Fernández en este pleito absolviendo posiciones, además de hallarse en contradicción con el asentimiento expreso que había prestado á la demanda de tercería y con su formal renuncia á ser parte en el juicio, no está dada contra él, sino contra la razón social Llanderal, Avendaño y Compañía, por lo que no puede aquella confesión producir los efectos de la conoscencia de que hablan las mencionadas leyes:

Considerando que los artículos 11, 22 y 291 del Código de Comercio, invocados en el segundo motivo del recurso, no pueden servir de fundamento á ésta, porque aun en el supuesto de que Llanderal, Avendaño y Campañía, que como comerciantes estaban matriculados en la Habana, no se hubiesen inscrito como tales en los Registros correspondientes de la provincia de Pinar del Río, es indudable que tenían capacidad legal para adquirir el dominio de los bienes que fueron vendidos á su favor por escritura de 27 de Noviembre de 1878;

Y considerando que no se ha infringido la ley 7ª, tít, 15, Partida 5ª en atención á que no concurren en este caso las circunstancias que la misma exige para que pueda reputarse hecha la enajenación en fraude de acreedores; ni tampoco el art. 1041 del Código de Comercio porque D. Fidel Fernández no fué declarado en quiebra á los 10 días de realizada la venta, sino mucho tiempo después:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Sociedad D. Ignacio Urribarri y Compañía, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad que debió depositar, la que, caso de hacerse efectiva si mejorase de fortuna, se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese á la Audiencia de la Habana la correspondiente certificación con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 23 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1884.)

342

Recurso de casación en asunto de Ultramar (23 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de cantidad.—Ha lugar al interpuesto por D. Felipe Núñez con D. Ricardo Etheridge (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que teniendo por objeto el beneficio de excusión el hacer constar si tiene ó no bienes suficientes el obligado principalmente para responder de la obligación que contrajo, es innecesario aquel trámite cuando constaba en autos que la Sociedad obligada era insolvente:*

2° *Que si dicha Sociedad no estaba constituida legalmente, según se declaró en sentencia firme y con arreglo á los artículos 28 y 285 del Código de Comercio, así como son eficaces las obligaciones contraídas en favor de terceros interesados que con ella hayan contratado, no puede comparecer ni ejercitar los derechos que como á tal Sociedad le competan; y por lo tanto no debía estimarse la acción ejercitada en este pleito por un socio colectivo de aquélla, fundada en los artículos y disposiciones del Código de Comercio, sólo aplicables en su caso para las sociedades legalmente y con arreglo á sus preceptos constituídas;*

Y 3° *Que en tal concepto la sentencia que estima la demanda infringe los artículos* 267, 28, *y* 285 *del Código de Comercio.*

En la villa y corte de Madrid, á 23 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Jesús y María en la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Ricardo Etheridge y Hollads, súbdito inglés, domiciliado en Sevilla, comerciante, con D. Felipe Núñez y Ansachury, vecino de la Habana, comerciante, sobre pago de cantidad; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandante Núñez, y en su defensa y representación por el Licenciado D. Cristino Martos y el Procurador D. Manuel Martín Veña; habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Doctor D. José Martínez Agulló y el Procurador D. Carlos Godino:

Resultando que en escritura pública otorgada en la Habana en 20 de Julio de 1857, en la que se hace constar por el Notario ante quien se otorgó, que entre los que comparecían á su celebración se hallaba la *Sociedad R. Morisón y Compañía*, no obstante lo cual aparece firmada por Roberto J. Morisón, pero no por aquella razón social se constituyó la Sociedad comanditaria titulada *Telégrafo submarino y terrestre*, bajo diferentes bases, entre las que se estableció la de que una vez acordado el abono de dividendos pasivos en cuya forma se entregaría el capital suscrito, quedaría á la elección del Gerente el considerar separado de la Sociedad al socio que requerido por tres veces no abonase el dividendo reclamado, ó dirigir contra ella vía de apremio para pago de la cantidad adeudada y de los correspondientes intereses; figurando en la nómina de accionistas que se unió á la escritura la Sociedad susodicha R. Morisón y Compañía por 10 acciones:

Resultando que decretado el abono de un 20 por 100 del capital suscrito, y no habiéndolo satisfecho R. Morisón y Compañía, acudió el

Gerente de la Sociedad Telégrafo submarino y terrestre al Tribunal de Comercio que mandó librar mandamiento de apremio contra aquella Sociedad; que requerido al pago D. Roberto J. Morisón protestó que tenia excepciones que oponer, y se procedió al embargo de un objeto mueble que señaló; y que posteriormente presentó Morisón una instancia en la que, reconociendo la validez de la escritura de constitución de la Sociedad Telégrafo submarino y terrestre, y declarando se separaba del pleito que en unión de otros tenía deducido sobre nulidad de dicha escritura, consignó que estaba dispuesto á satisfacer los dividendos que se le exigian, porque reconocía su obligación, por lo cual se suspendió la vía de apremio:

Resultando que trascurrido algún tiempo sin que efectuase el pago, se volvió á decretar el apremio, y en tal estado la comisión liquidadora de la Sociedad Telégrafo submarino y terrestre hizo cesión de todos sus derechos y acciones en 27 de Mayo de 1867 á D. Francisco Catalá, cuya cesión se acreditó después que correspondía á D. Felipe Nuñez:

Resultando de certificación traída á este pleito de varios particulares de los autos seguidos por D. Ricardo Etheridge contra R. Morisón y Compañía y Morisón hermanos y Compañía en reclamación del capital y ganancias obtenidas por la primera de dichas sociedades, que Don Ricardo Etheridge figuraba como socio en la primera; que por sentencia definitiva se declaró sin lugar la pretensión deducida por Etheridge en atención á que la Sociedad R. Morisón y Compañía no se había constituído legalmente por la que carecía de acción, por cuya razón se impuso á dicha Sociedad la multa de 10.000 rs.; y que dirigida su reclamación contra los Sres. Kessell y Laza cesionario de aquéllos, fué igualmente desestimada la pretensión, resultando insolvente la Sociedad demandada:

Resultando que D. Felipe Núñez solicitó y obtuvo mandamiento de apremio contra D. Ricardo Etheridge como socio colectivo de R. Morisón y Compañía en vista de la insolvencia de esta Sociedad, en reclamación de los dividendos pasivos adeudados, y habiendo sido requerido de pago sin resultado, le fueron embargadas las acciones del Banco de Comercio de su propiedad, que fueron vendidas en la vía de apremio, haciéndose pago con ese producto al acreedor D. Felipe Núñez:

Resultando que D. Ricardo Etheridge dedujo la demanda objeto de este pleito, con la solicitud de que se condenara á D. Felipe Núñez á la devolución de las sumas de 3.705 pesos en oro, ó su equivalente en billetes del Banco Español, y la de 1.035 pesos 32 centavos en billetes, con los intereses de ambas sumas, al tipo corriente en la plaza, hasta la fecha de la devolución; á indemnizarle los daños y perjuicios que se le habían seguido, y al pago de las costas; alegando para ello que, constituída la Sociedad R. Morisón y Compañía, siendo socios gerentes ó co directores D. Roberto Marisón y D. Roberto José Marisón y Don Ricardo Etheridge, con facultad los tres para usar la firma social, y siendo preciso según el art. 267 del Código de Comercio, para que resulte obligada una Sociedad que el que contrata por ella lo haga bajo la firma que ésta tenga adoptada, no era posible hubiese quedado obligada aquélla en el contrato que suscribió D. Roberto J. Morisón con su firma particular; que el requerimiento de pago se hizo á D. Roberto J. Morisón, y éste fué quien presentó y firmó la instancia en que se conoció la validez de la escritura de constitución del Telégrafo submarino y terrestre, y se comprometió á abonar los dividendos adeudados;

que aun suponiendo que la Sociedad R. Morisón y Compañía hubiese sido en efecto la obligada, siempre resultaría improcedente la vía de apremio contra el demandante, sin haberse hecho antes exención de los bienes de aquélla, de lo cual se había prescindido por la sola manifestación de Núñez de haber declarado Etheridge en otro pleito que la Sociedad había quedado insolvente, siendo así que obraba en autos testimonio de la cesión hecha á Kesselle y Laza de todas las pertenencias sociales; que la competía la acción en juicio ordinario, toda vez que había sido desposeído en la vía de apremio, sin haber sido antes oído y vencido en juicio, siendo éste el único recurso, á tenor de lo dispuesto por el art. 95 de los títulos adicionales á la ley de Enjuiciamiento civil, y que por haberse visto obligado á realizar valores para satisfacer las sumas reclamadas, se le habían originado perjuicios que el demandado debía satisfacer:

Resultando que D. Felipe Núñez se opuso á la demanda alegando que la Sociedad R. Morisón y Compañía, y no D. Roberto J. Morisón, fué la que tomó parte en la constitución de la Telégrafo submarino y terrestre, suscribiéndose por 10 acciones; que aun suponiendo que no se hubiera obligado la expresada Sociedad, hizo suya y reconoció esta obligación desde el momento en que otorgó un poder para solicitar la disolución de la Sociedad Telégrafo submarino y terrestre; que R. Morisón y Compañía se apartaron de esa pretensión y se obligaron á pagar los dividendos, los cuales cobró el demandado á Etheridge por ser socio colectivo de la Sociedad Morisón, que resultó insolvente; que de las obligaciones de una Sociedad responden todos los socios con los bienes comunes y los particulares; que el Gerente de una Sociedad es el autorizado para obligarla; que en el hecho de exigir una persona que se disuelva una Sociedad reconoce implícita y explícitamente que es miembro de ella, y que por haber resultado insolvente la Sociedad R. Morisón y Compañía, pudo dirigirse contra Etheridge en el concepto de socio colectivo:

Resultando que durante el término de prueba y á instancia de Don Felipe Núñez se trajo á los autos testimonio de un poder otorgado á favor de un Letrado á quien se designaba para pedir en nombre de los poderdantes entre los que figura la Sociedad R. Morisón y Compañía, la disolución de la Telégrafo submarino y terrestre:

Resultando que sustanciado el pleito por los demás trámites legales y en dos instancias dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 5 de Julio de 1882 condenando á D. Felipe Núñez á devolver á D. Ricardo Etheridge en el término de tercero día la cantidad de 3.750 pesos en oro, ó su equivalente en billetes del Banco Español, y la de 1.035 pesos 32 centavos en los mismos billetes, más los intereses de ambas cantidades al tipo legal desde las fechas en que se verificó la devolución y al pago de las costas:

Resultando que D. Felipe Núñez interpuso recurso de casación, por haberse á su juicio infringido:

1° El art. 96 del tít. 2° adicional de la ley de Enjuiciamiento civil que señala el término fatal de seis meses para que el deudor condenado por apremio mercantil pueda repetir por la vía ordinaria contra el acreedor, estando este último obligado á prestar fianza si aquel lo exigiese, toda vez que D. Ricardo Etheridge estableció la demanda objeto del pleito en 9 de Abril de 1877 y D. Felipe Núñez prestó la fianza en 8 de Mayo de 1873, habiendo trascurrido por tanto de ésta á aquélla

más de tres años, durante los cuales ha prescrito la acción que á Etheridge pudiera corresponder, á pesar de lo cual la Sala sentenciadora admite como eficaz dicha acción prescrita:

2° La escritura pública de 20 de Abril de 1857 y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consignada, entre otras, en sentencia de 27 de Junio de 1862, que determina que lo convenido entre partes en un contrato es la ley de la materia, al condenar la sentencia recurrida al recurrente á la devolución de las cantidades exigidas y cobradas por la vía de apremio á D. Ricardo Etheridge, puesto que resulta de la mencionada escritura de constitución de la Sociedad Telégrafo terrestre y submarino, que se obligó la razón social R. Morisón y Compañía por medio de su Gerente D. R. J. Morisón al pago de un 20 por 100 del capital suscrito, cuyo pago se exigió á D. Ricardo Etheridge que tenía obligación de satisfacerlo como socio colectivo de la Sociedad suscrita:

3° El art. 352 del Código de Comercio, que permite que los bienes particulares de los socios que no se incluyeron en el haber social, puedan ser ejecutados para pago de las obligaciones que la Sociedad contrajo en común después de hecha excusión en los bienes de ésta, en el mismo concepto de haberse decretado la devolución de las cantidades cobradas á D. Ricardo Etheridge, siendo así que éste era socio colectivo de la Sociedad R. Morisón y Compañía, respecto de la que se hizo la oportuna excusión de bienes según se ha justificado en los autos:

4° El principio de derecho sancionado por la constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal que prohibe ir contra los propios actos, y el caso 2° del art. 249 del Código de Comercio que prescribe dicho principio, toda vez que aun suponiendo que la Sociedad R. Morisón y Compañía no hubiera estado debidamente representada en la constitución de la titulada Telégrafo submarino y terrestre, y admitiendo que el encabezamiento de la escritura de constitución y la nómina de socios que se le acompaña no fueran bastante prueba de la obligación que la Sociedad contrajo, siempre resultaría demostrado que R. Morisón y Compañía aceptaran lo hecho por su Gerente por haberlo sancionado en actos posteriores y no haber ido nunca contra ese acto suyo, no habiendo alegado esa excepción en las contiendas judiciales, requerimientos y diligencias practicadas con motivo de la reclamación del 20 por 100 del capital suscrito, y resultar justificado por el poder conferido por todos los socios del Telégrafo terrestre y submarino para la disolución de esta Sociedad, apareciendo entre los poderdantes R. Morisón y Compañía:

5° Los artículos 28 y 285 del Código de Comercio, que niegan el ejercicio de las acciones sociales á los que pertenezcan á Sociedades no constituídas legalmente, estando no obstante sujetos al cumplimiento de las obligaciones contraídas con terceras personas, toda vez que la Sociedad R. Morisón y Compañía no se constituyó como debió constituirse por escritura pública, no pudiendo por tanto oponerse D. Ricardo Etheridge al cumplimiento de la obligación que se le exigió fundado en leyes, que lejos de ampararle le castigan severamente:

6° La ley 2ª, tít. 19, libro 11 de la Novísima Recopilación, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, sentada en sentencias de 15 de Marzo y 15 de Diciembre de 1876 y 6 de Febrero y 26 de Junio de 1877, según las que es improcedente la imposición de costas al apelante en la segunda instancia cuando la sentencia se confirma con aditamento ó moderación que le favorezca en el hecho de haber impuesto al recurrente

las costas de la alzada en que fué apelante, á pesar del aditamento favorable consistente en la condenación de intereses á su costa al tipo legal, en lugar de liquidarse al tipo corriente en plaza, como ordenó la sentencia apelada:

7º El art. 267 del Código de Comercio, que dispone que todos los que formen parte de una Sociedad mercantil colectiva están obligados solidariamente á las resultas de las operaciones que se hagan á nombre y por cuenta de la Sociedad, en cuanto la Sala sentenciadora declara que D. Ricardo Etheridge, socio de la Compañía mercantil R. Morisón y Compañía, no venía obligado á satisfacer cantidades á cuyo pago se había comprometido la referida Sociedad:

8º El art. 268 del mismo Código, que preceptúa que toda Sociedad mercantil soportará las resultas de los actos particulares que ejecute cualquiera de los socios cuyo nombre esté incluído en la razón social, salvo el derecho de indemnización contra los bienes particulares de dicho socio si hubiese obrado indebidamente; en el concepto de que se desconoce este precepto en la sentencia recurrida al resolver que Etheridge no es responsable de la obligación que D. Roberto Morisón contrajo en 1857, no obstante formar parte el apellido Morisón de la razón social bajo que se constituyó la Sociedad R. Morisón y Compañía á que pertenecía Etheridge:

9º Los pactos estipulados en la escritura de constitución de la Sociedad Telégrafo terrestre submarino, otorgada en 20 de Julio de 1857, que son la ley del contrato para las personas que en dicha escritura intervinieron:

10. La doctrina consignada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1861, 28 de Octubre de 1867, 17 de Diciembre de 1873 y 6 de Febrero de 1874, que disponen que cuando las acciones se fundan en la nulidad de un acto ó contrato, lo primero que debe pedirse y obtenerse es la declaración de tal nulidad, sin la cual nada puede decidirse, por cuanto la sentencia recurrida estima una demanda que se funda precisamente en que no se reconozca validez á lo estipulado en una escritura cuya nulidad no se ha pedido;

Y 11. La sentencia de 27 de Diciembre de 1873, que declara que nadie puede ir eficazmente contra sus propios actos:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que aun admitiendo que en el caso concreto de estos autos la falta de la firma social R. Morisón y Compañía en la escritura de 20 de Julio de 1857, mediante la cual se constituyó en la ciudad de la Habana la Sociedad en comandita titulada Telégrafo submarino y terrestre, determinara que la obligación contraída en aquel contrato era personal de R. Morisón que en esta forma lo suscribió, y no de la Sociedad Morisón y Compañía, no obstante aparecer en el encabezamiento de aquélla como otorgante, es evidente que por actos posteriores demostró dicha Sociedad que era y hacía suya aquella obligación, pues sólo bajo este concepto pudo otorgar como otorgó poder para pedir en su nombre la disolución de la Sociedad Telégrafo submarino y terrestre, y por consiguiente al cumplimiento de aquélla estaban obligados solidariamente todos los que formaban dicha Sociedad colectiva mercantil R. Morisón y Compañía, con arreglo al art. 267 del Código de Comercio:

Considerando que teniendo por objeto el beneficio de excusión el hacer constar si tiene ó no bienes suficientes el obligado principalmen-

te para responder de la obligación que contrajo, en el caso presente era innecesario aquel trámite, porque constaba en autos que la Sociedad R. Morisón y Compañía era insolvente:

Considerando además que dicha Sociedad no estaba constituída legalmente, según se declaró en sentencia firme y con arreglo á los artículos 28 y 285 del referido Código, así como son eficaces las obligaciones contraídas en favor de terceros interesados que con ella hayan contratado, no puede comparecer ni ejercitar los derechos que como á tal Sociedad le competan, y por lo tanto no debía estimarse la acción ejercitada en este pleito por Etheridge, socio colectivo de aquélla, fundado en artículos y disposiciones del Código de Comercio sólo aplicables en su caso para las Sociedades legalmente y con arreglo á sus preceptos constituídas:

Considerando que en tales conceptos la sentencia recurrida al estimar la demanda de D. Ricardo Etheridge y condenar á D. Felipe Núñez á que le devuelva las cantidades por él pagadas en el concepto y por el motivo que se expresa en los resultandos, infringe los artículos 267, 28 y 285 del Código de Comercio, que se citan en los motivos 5° y 7° del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Felipe Núñez, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 5 de Julio de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 23 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1884.)

343

Recurso de casación (24 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—ENTREGA DEL SALDO DE UNAS CUENTAS.—No ha lugar al interpuesto por D. Enrique Fernández del Peral con D. Eugenio María Hernández (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que la obligación contraída por el Administrador judicial de unos bienes secuestrados, no puede tener otro alcance que lo que de una manera expresa ordenan los autos en que se le nombró, sucediendo lo propio á sus fiadores respecto á la responsabilidad que pueda originarles, una vez que la fianza es obligación accesoria de la principal que garantiza;*

Y 2° Que aceptado el cargo de Administrador, bajo la condición de rendir cuenta y de consignar cuanto recaude para depositarse en el Banco, *y cumplido por su parte el precepto judicial, consignando lo recaudado en la Escribanía, y obteniendo el oportuno resguardo que ha presentado en los autos; en tal concepto él y sus fiadores no han contraído responsabilidad alguna, porque no puede imputárseles actos ejecutados por un tercero: y por ello la sentencia que lo declara así no infringe la ley 9ª, tít. 26, libro 11 de la Novísima Recopilación, ni la doctrina del Tribunal Supremo, que declara que los riesgos del depósito constituído contra dicha prescripción deben ser de cuenta del deponente.*

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infrac-

ción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso de esta capital y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de la misma por D. Enrique Fernández del Peral, Administrador judicial de los bienes secuestrados que constituyeron las memorias fundadas por los hermanos D. Francisco y D. Joaquín Grajal, y hoy desempeñado dicho cargo con D. Eugenio María Hernández, representado por el Procurador D. Manuel de Diego y defendido en el acto de la vista por el Licenciado D. Ignacio Suárez García como fiador de D. Carlos Mata, representado por el Procurador D. Jacobo Morcillo sobre entrega de saldo de cuentas:

Resultando que seguidos autos á instancia de varios interesados y del Ministerio fiscal sobre mejor derecho á los bienes que constituían las memorias que fundaron los hermanos D. Francisco y D. Joaquín Grajal, se mandó por auto dictado por uno de los Jueces de primera instancia de esta corte en 18 de Noviembre de 1845, que se constituyeran inmediatamente en secuestro las ocho casas y media procedentes de la fundación de las capellanías en el convento de religiosas de la Concepción Jerónima de esta corte y de las tres prebendas anuales, otorgada por D. Francisco Grajal con sus bienes y los de su hermano Joaquín, cuya propiedad se disputaba, nombrando para la recaudación de los productos de dichas fincas con el carácter de Administrador judicial de las mismas á D. Carlos Mata, á quien se encargaría la administración con las formalidades correspondientes tan luego como propusiera, se aprobara y otorgara fianza á responder del citado cargo de Administrador, hipotecando bienes raíces situados en Madrid hasta en cantidad de 30.000 rs., y constituyendo además obligación de rendir cuentas y de consignar cuanto recaudase para depositarse en el Banco Español de San Fernando cada cuatro meses, absteniéndose de hacer obras y pagos de ninguna clase sin autorización previa del Juzgado; y para asegurar el debido orden y claridad en la indicada administración, previniéndose todo perjuicio á las partes que litigaban, se procediera, sin pérdida de tiempo, á la retención de los alquileres de dichas cosas en poder de los inquilinos hasta que el Administrador nombrado fuera puesto en posesión de su cargo, á quien se entregarían los alquileres retenidos y los que se devengaren:

Resultando que en auto de 26 de Marzo del siguiente año 1846, se autorizó al Administrador nombrado D. Carlos Mata para que por entonces y bajo la calidad de quedar sujeto á las penas que imponen las leyes á los que faltaban á la fidelidad de los depósitos, pudiera proceder á la recaudación de los alquileres de dichas casas, tanto los retenidos como los que se vencieran, autorizándole para que ejecutara ciertas obras y procediera al alquiler de unos cuartos desocupados, llevando de todo la correspondiente cuenta y razón para darla cuando se le pidiera, y consignando cada tres meses los productos líquidos para pasarlos á cualquiera de los Bancos de San Fernando ó de Isabel II á disposición del Juzgado; entendiéndose que todo cuanto quedaba dispuesto era con carácter provisional y sin prejuzgar ninguna de las cuestiones pendientes:

Resultando que interpuesta apelación de estos y otros autos que no son del caso, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte los confirmó en sentencia de 4 de Marzo de 1852, entendiéndose que la fianza mandada prestar en el primero de ellos á D. Carlos Mata fuera de 50.000 rs. en metálico ó 120.000 en títulos del 3 por 100 ó 100.000

en fincas; y habiéndose suplicado de esta sentencia, fué confirmada por la Sala tercera de dicha Audiencia en 15 de Setiembre de 1855:

Resultando que otorgada la fianza con la mitad de la casa núm. 1 de la calle del Arco del Triunfo de esta corte, perteneciente á los hijos de D. Ignacio Suárez Hernández, y puesto en posesión de su cargo Don Carlos Mata en 6 de Abril de 1856 rindió sus cuentas hasta el segundo semestre de 1869, formándose un total de 27 ramos de autos, todos los cuales fueron aprobados á excepción de los cuatro últimos correspondientes á los años de 1868 y 1869, por haber notado que sus saldos importantes en junto 74.665 rs., habían desaparecido sin que se hubiesen consignado en la Caja general de Depósitos, por cuya razón y para averiguar la distracción de dichos saldos y á quien pudiera caber su responsabilidad, se fórmó pieza separada:

Resultando que en dichos cuatro ramos se puso diligencia por el Escribano actuario D. Antolín Valdés en 6 de Diciembre de 1865, expresando que al hacerse cargo de la Escribanía que desempeñó D. Salustiano García Muñoz, se le habían hecho entrega por su compañero de las cuentas y justificantes con el escrito de su presentación sin providencia ni diligencia de ningún género, ni entrega del saldo que arrojaba; y que entre los resguardos que el actuario Morales le había entregado, no se hallaba ninguno referente á las cuentas expresadas, aunque en los escritos se consignaban las cantidades en junto antes mencionadas:

Resultando que ocurrido el fallecimiento de D. Carlos Mata en 7 de Julio de 1870, y aceptada por sus herederos la herencia á beneficio de inventario, se mandó requerir á sus herederos y á su apoderado D. Ignacio Suárez García, para que presentasen los justificantes de la consignación del saldo de sus cuentas, y el último presentó en efecto cuatro recibos firmados por D. Salustiano García Muñoz librados tres á favor de D. Carlos Mata, y uno al de dicho apoderado de la consignación en la escribanía de los referidos saldos:

Resultando que citada la heredera de Mata que manifestó que no se personaba, porque su causante no había dejado bienes, pidió D. Enrique Fernández del Peral, Administrador judicial de los secuestrados que se procediese desde luego contra la fianza para cubrir el alcance en que estaba D. Carlos Mata:

Resultando que comparecido D. Ignacio Suárez García, que en unión con sus hermanos habían constituído la fianza prestada por Mata, sostuvo que D. Carlos Mata y hoy su heredera estaban libres de toda responsabilidad por la distracción de los saldos de que se trataba, y libre por tanto también la fianza constituída, puesto que aquél había cumplido con su obligación de dar cuentas y consignar el saldo en la Escribanía como justificaban los recibos presentados, no siendo responsable de que el Escribano actuario D. Salustiano García Muñoz desapareciera con aquéllos y los de otras consignaciones, sin que se hubiera sabido su paradero:

Resultando que recibido el pleito á prueba, declaró el Notario del Colegio de esta corte D. Ignacio Palomar que desde el año de 1850 en que se confirió la administración del secuestro de los Grajales á D. Antonio María Valdés, hasta que el testigo dejó de despachar su Escribanía, tanto Valdés como su sucesor en la administración D. Carlos Mata, rindieron sus cuentas, entregándolas en la Escribanía con el saldo correspondiente á cada una, del cual les facilitaba recibo; que practicado

así, quedaba á su cargo dar cuenta de todo al Juez y trasladar los fondos al Banco ó á la Caja general de Depósitos, según las épocas, sin que el Administrador judicial interviniera ni gestionara para nada en semejantes operaciones; que esta práctica no interrumpida vino observándose sin reclamación alguna por los litigantes, hallándose muy enterado de ella D. Salustiano García Muñoz, por haber sido Oficial mayor de su Escribanía hasta el año de 1867:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 25 de Octubre de 1882 sentencia revocatoria, declarando que el Administrador judicial D. Carlos Mata, hoy sus herederos, está libre de toda responsabilidad por la distracción de los saldos de las cuatro cuentas correspondientes á los años 1868 y 1869 consignadas en poder del Escribano D. Salustiano García Muñoz, y libre también la fianza constituída por Don Ignacio Suárez y García y sus hermanos, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que el Administrador judicial D. Enrique Fernández del Peral interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio la ley 9ª, tít. 16, lib. 11 de la Novísima Recopilación, que prohibe terminantemente constituir depósito alguno judicial, ú otra cualquiera consignación de caudales, por momentánea que sea ó aparezca, ni en los oficios de los Escribanos ni en poder de ninguna otra persona ó cuerpo por más arraigo que se le suponga que no sea en la Caja general de Depósitos, y la sentencia de este Supremo Tribunal de 31 de Diciembre de 1867, que declara que los riesgos del depósito constituído contra dicha prescripción deben ser de cuenta del deponente:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la obligación contraída por D. Carlos Mata, como Administrador judicial de los bienes secuestrados, no puede tener otro alcance que lo que de una manera expresa ordenan los autos de 28 de Noviembre de 1845 y 26 de Marzo de 1846, sucediendo lo propio á sus fiadores respecto á la responsabilidad que pueda originarles, una vez que la fianza es obligación accesoria de la principal que garantiza:

Considerando que aceptado el cargo de Administrador por Mata, bajo la condición *de rendir cuenta y de consignar cuanto recaude para depositarse en el Banco*, cumplió por su parte el precepto judicial consignando lo recaudado y obteniendo el oportuno resguardo que ha presentado en los autos:

Considerando que en tal concepto Mata y sus fiadores no han contraído responsabilidad alguna, porque no puede impugnárseles actos ejecutados por un tercero, y por ello la sentencia que lo declara así no infringe la ley 9ª, tít. 26, libro 11 de la Novísima Recopilación ni la doctrina que se invoca en el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Enrique Fernández del Peral, como Administrador judicial de los bienes secuestrados que constituyeron las memorias fundadas por los hermanos D. Francisco y D. Joaquín Grajal, y hoy desempeñado dicho cargo por D. Eugenio María Hernández, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 24 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1884.)

344

Recurso de casación en asunto de Ultramar (27 *de Noviembre de* 1883).—PAGO DE UN SEGURO.—No ha lugar al interpuesto por la Compañía de seguros contra incendios *Guardián Assurance y Company* con D. Lorenzo Lezcano (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que si la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas suministradas por las partes, con relación á la letra y el espíritu de dos de las cláusulas de un contrato de seguro contra incendios, establece en uso de sus exclusivas facultades, en cuanto á una, que ni el cambio de nombre del establecimiento asegurado, ni la circunstancia de haberse elaborado en él algunos tabacos, constituye variación alguna de las á que se refiere dicha cláusula, capaz de alterar la naturaleza de la cosa asegurada, ni la índole principal de la especulación á que se dedicaba el establecimiento; y en orden á la otra, que el asegurado cumplió la obligación que le imponía de presentar á la Sociedad aseguradora la relación de los efectos existentes al verificarse el siniestro en la forma que le fué posible, dada la destrucción completa por el incendio del edificio y de los libros y facturas que contenía; la sentencia que ordena el pago del seguro no infringe lo convenido en dichas cláusulas, ni la ley 1ª, *título* 1º, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación*, 61, *tít.* 5º. *Partida* 5ª, 14, *título* 11 *de dicha Partida y doctrinas del Tribunal Supremo, que establecen; que lo conveniente á las partes es la ley de la materia, especial para los interesados; que nadie está obligado á cumplir los compromisos que contraiga bajo condición, si ésta no se ha llenado; que el que no cumple la obligación que se impuso en un compromiso, no tiene derecho á exigir, siendo mutuos y correlativos los deberes, que la otra parte haga lo que se comprometió á hacer; que cuando las condiciones estipuladas en un contrato sean claras en su tenor, no hay necesidad de recurrir á interpretaciones que sólo autoriza la ley cuando la oscuridad ó la duda las haga absolutamente necesarias para una justa resolución; y que las obligaciones deben cumplirse en los términos y forma que se contrajeron sin darles más extensión que la que las partes contratantes le dieron.*

En la villa y corte de Madrid, á 24 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Catedral de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Lorenzo Lezcano y Sáinz que ha comparecido representado por el Procurador D. Francisco Quintín Fernández y defendido en el acto de la vista por el Doctor D. Germán Gamazo con la Compañía de seguros contra incendios *Guardián Assurance y Company*, de Londres, y en su nombre el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana bajo la dirección del Licenciado D. Rafael María Labra sobre pago de seguro:

Resultando que en 6 de Mayo de 1877 la Compañía inglesa de seguros á prima fija titulada Guardián Assurance Company, representada por D. Juan Federico Berúdez, aseguró á Lorenzo Lezcano las exis-

tencias de un depósito de tabacos, cigarros y picaduras titulado El Manco de Lepanto, instalado en parte de la casa núm. 11 de la calle de O'Relly, de la Habana, esquina á la de Cuba, estando ocupado el resto de la casa por una tienda de ropas, siendo el importe del seguro de 6.000 pesos en oro, y habiendo sido prorrogado en 30 de Agosto de 1879 por término de un año, incluyéndose en él el valor del armatoste y el de las vidrieras:

Resultando que las pólizas de dichos seguros contienen diferentes condiciones, estableciéndose en la cuarta que el asegurado deberá dar parte inmediatamente al representante ó Agente de la Compañía de cualquiera alteración ó modificación que se hubiere de introducir en los edificios asegurados, así como de cualquiera variación en el método de calefacción empleado, en la naturaleza de los objetos que en ellos se hallen depositados, así como en las profesiones y comercios que en los mismos se conduzcan, y por lo general deberá explicarse clara y explícitamente en todas sus relaciones con la Compañía, puesto que cualquiera omisión voluntaria que hiciere ó informe falso que diere invalidará inmediatamente la póliza del seguro. Y en la duodécima, que siempre que sucediere alguna pérdida ó daño en los muebles ó géneros asegurados por la Compañía, el asegurado deberá sin demora alguna entregar al Agente de la Compañía una lista detallada de los objetos existentes en los edificios al tiempo del incendio y cubiertos por la póliza, así como de los objetos salvados, tanto intactos como los dañados, debiendo ser formulada dicha lista con la asistencia de las personas que hayan tenido á su cargo tales objetos ó mercancía, ya sea en parte ó totalmente, y deberá ser formulada lo más exactamente que sea posible hacerlo, de conformidad con los libros del asegurado ó con el testimonio que á su buen juicio fuera indisputable, reservándose la Compañía el derecho de inspección de los libros y exigir comprobación, bajo juramento, de aquellas personas que pudieran dar algún informe sobre el particular, con otros extremos relativos al modo de valorar los efectos asegurados:

Resultando que instruída causa criminal á consecuencia del incendio ocurrido en el establecimiento de ropas La Granja, situado en la calle de O'Relly, núm. 11, aparece del testimonio que con referencia á la misma se puso en este pleito, que dicho incendio ocurrió en la madrugada del 26 de Agosto de 1879, siendo destruída por las llamas la expresada casa en donde se encontraban situadas la tienda de ropas La Granja y el depósito de tabacos El Manco de Lepanto, este último en una accesoria, apareciendo como dueño D. Lorenzo Lezcano, que á consecuencia de dichas diligencias se procedió al justiprecio de las pérdidas sufridas en el depósito de tabacos siendo valuadas por los peritos D. Redesindo Gómez y D. Ricardo Aristegui en 8.000 pesos; que oido el Promotor fiscal opinó por el sobreseimiento, por no aparecer que el hecho hubiera sido intencional, y el Juez en efecto sobreseyó en auto de 13 de Setiembre del mismo año, que fué aprobado por la Audiencia en 13 de Noviembre siguiente:

Resultando que en carta de 30 de Agosto de 1879 participó D. Lorenzo Lezcano á los agentes de la Compañía Guardián, que hallándose el día 28 en Santo Domingo, recibió aviso de haberse quemado el 26 el depósito y tabaquería El Gran Talismán y con el nombre de Román de las Bárcenas, asegurado por la Compañía Guardián que representaban en 6.000 pesos oro, cuya póliza junto con otros documentos que había

dejado en la casa debían haberse quemado también totalmente, y que llegado en la tarde anterior de su excursión al campo, donde había ido á hacer compras de tabacos, se apresuraba á darles aviso del referido siniestro para los fines correspondientes:

Resultando que en carta de 24 de Setiembre siguiente dirigida por el mismo Lezcano al representante de la Compañía, ampliando los detalles que le pedían sobre el incendio ocurrido en su depósito de tabacos y cigarros El Manco de Lepanto, situado en la calle de O'Relly, número 11, les manifestó que careciendo de libros y facturas por haberse quemado en su totalidad, y concretándose á su memoria, la relación que les tenía presentada era la más exacta y aproximada que pudiera darse ateniéndose al balance mensual que practicaba los días primeros de mes, que su capital aproximadamente debía ascender á 17.000 pesos en billetes, siendo la venta mensual de 1.000 á 1.500 pesos; que las compras en lo general las verificaba al contado, no teniendo crédito activo ni pasivo que mereciera nombrarse; que les remitía relación de las personas y establecimientos á quienes comprobaba para su depósito y venta; que cuando apreciaron el establecimiento para asegurarlo, tuvieron presente que excediese la existencia y valores á mayor cantidad que la que cubrían con el seguro, y lejos de haber experimentado quebrantos aumentaba el capital invertido, de modo que habiendo tenido la pérdida total de cuanto poseía, le era lícito pedir aquello por lo que creyeron asegurarle y por lo que había sastisfecho la prima exigida; rogándoles por último que procedieran á liquidar la póliza para poder nuevamente ponerse á trabajar:

Resultando que el representante de la Compañía contestó á esta carta al siguiente día 25, manifestando haber recibido con ella la relación de las marcas de los tabacos que solía comprar; pero que faltaba aún un dato muy esencial, cual era la cantidad que pudiera haber de cada marca, sin lo cual estaban trabajando á oscuras; que comprendían que le sería algo difícil recordar las cantidades, tratando de las fábricas en que acostumbraba á comprar dos ó tres cajones á la vez pagándolos al contado; pero esto no pasaba con todas y tenían que solicitar que sin más evasiones les diera una nota aproximada de las cantidades de tabaco compradas á las personas que le indicaron, con expresión de los existentes al tiempo del incendio; que era absolutamente necesario que tuvieran algunos datos para poder apreciar el importe de su pérdida, y que mientras más prontos los enviara, más pronto podrían darle una contestación á su reclamación:

Resultando que haciendo uso D. Lorenzo Lezcano de la acción personal que le asistía, y protestando el ejercicio de cualquiera otra que pudiera incumbirle, dedujo en 8 de Marzo de 1880 la demanda objeto de estos autos, para que se condenase á la indicada Sociedad al pago, en el término de tercer día de la cantidad de 6.000 pesos en oro importe del seguro mencionado, con los intereses legales de demora desde la interposición de aquella demanda hasta la relación del pago, con imposición de todas las costas, consignando como puntos de hecho los relativos á la constitución del seguro, destrucción por el incendio del asegurado y negativa de la Compañía á pagar su importe y deduciendo como fundamentos legales que en el contrato de seguro, la obligación del asegurado consiste en responder de casos fortuitos que sobrevengan en los bienes mediante cierto precio; que el demandante había cumplido sus obligaciones como asegurado, y la Compañía asegurado-

ra estaba en la ineludible obligación de pagar los 6.000 pesos importe del seguro; que nadie debía enriquecerse en perjuicio de otro, y por ello no sería justo que la Compañía que se había aprovechado de la prima que pagaba Lezcano, dejara á éste sin satisfacer el impoerte del seguro; y por último citó las leyes de Partida conforme á las que toda persona está obligada á cumplir las convenciones que celebre, y el litigante temerario debe ser condenado en costas:

Resultando que la Compañía demandada impugnó la demanda, consignando para ello como hechos que D. Lorenzo Lezcano contrató en 6 de Mayo de 1879 el seguro de un depósito de tabaco, cigarros y picadura, con el título de El Manco de Lepanto, que tenía establecido en la casa núm. 11 de la calle de O'Relly por valor de 6.000 pesos y término de un año; que ese establecimiento después de asegurado cambió de objeto y hasta de nombre, pues se constituyó en fábrica de tabacos con un regular número de operarios, llamándose El Gran Talismán; que el incendio tuvo lugar cuando ya no existía el depósito El Manco de Lepanto, sino otro establecimiento con el nombre El Gran Talismán, sin que á la Compañía aseguradora se le hubiera participado esa variación, y por consiguiente sin que hubiera contratado cosa alguna á favor del nuevo establecimiento; que aun en el caso de que aquel depósito existiera el día del incendio con las mismas circunstancias con que se hizo el seguro, Lezcano no cumplió inmediatamente después del siniestro las condiciones de las pólizas; y que á la Compañia no se la ofreció la causa formada con motivo del fuego, ignorando si en ella fué absuelto ó condenado Lezcano; y que como fundamentos de derecho expuso, que en el contrato de seguro, la obligación del asegurador consiste en responder de las cosas fortuitas que sobrevengan en los bienes asegurados, pero no en otros, y como la Compañía aseguró un depósito de tabacos, cigarros y picadura titulado El Manco de Lepanto, y lo destruído por el incendio fué un establecimiento en que se elaboraba tabaco, que tenía por nombre El Gran Talismán y que no estaba asegurado, la Compañía no tenía nada de que responder; que era obligación de todo asegurado comunicar al asegurador las modificaciones que recibiera la casa asegurada, y de no hacerlo cesaba el deber de indemnizar en caso de un siniestro, pues si á Lezcano le convino establecer en su antiguo depósito fábrica de tabacos que aumentaba los riesgos por el número de operarios que fumaban y usaban fósforos, etc., y además cambiar de nombre al establecimiento, debió comunicarlo al asegurador para refrendar la póliza si le convenía, y si no lo hizo culpa suya fué que un incendio destruyera lo que no tenía asegurado; y que del principio de que nadie deba enriquecerse con detrimento de otro, se deducía que Lezcano no podía aspirar á que la Compañía le indemnizara el valor de un establecimiento si esa Compañía no tenía asegurado:

Resultando que las partes evacuaron los traslados de réplica y dúplica, insistiendo la Compañía en que el demandante no presentó en el término fijado en la póliza la lista detallada de los objetos existentes al tiempo del incendio, lo cual le privaba de todo derecho á la indemnización; y que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó en 7 de Junio de 1882 sentencia revocatoria condenando á la Compañía de seguros contra incendios demandada á dar y pagar dentro de tercero día al demandante D. Lorenzo Lezcano los 6.000 pesos, importe

del seguro reclamado, con los intereses de demora al tipo legal desde la interposición de la demanda hasta el efectivo pago con las costas causadas en primera instancia á cargo de la misma Compañía, y sin especial condenación en cuanto á las de la segunda:

Resultando que el Agente de la indicada Sociedad interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, puesto que si por la cláusula 4ª de la póliza de seguro se obligó Lezcano á dar parte inmediatamente al Agente de la Compañía de cualquiera alteración ó modificación introducida en la cosa asegurada, so pena de quedar invalidada inmediatamente la póliza, pues siendo la cosa asegurada un establecimiento depósito de tabaco titulado El Manco de Lepanto, y lo que el incendio destruyó un establecimiento de depósito y tabaquería nombrado El Gran Talismán, y siendo la modificación notabilísima y no habiéndose participado al asegurador, la póliza estaba invalidada:

2° La misma ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, por cuanto siendo condición de la cláusula 12 del seguro que siempre que sucediese alguna pérdida ó daño en los géneros ó muebles asegurados, el asegurado debería sin demora entregar al Agente de la Compañía una lista detallada de los objetos existentes en los edificios al tiempo del incendio, y cubiertos por la póliza, así como de los objetos salvados, lista que debería ser formada con asistencia de las personas que hubiesen tenido á su cargo tales objetos ó mercancías, Lezcano faltó á esta obligación, pues la relación que presentó 22 días después del incendio no era detallada, ni se formó con la asistencia de la persona encargada del establecimiento:

3° La misma ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la 61, tít. 5°, Partida 5ª, que dispone que los contratos tienen fuerza de ley para las personas que los que han hecho y no pueden revocarse sino por el mútuo consentimiento de éstas; pues convenido en la póliza que el asegurador estaría obligado á indemnizar los daños que un incendio causase en las cosas cubiertas por la póliza siempre que el asegurado cumpliese las condiciones á que se comprometió; habiendo faltado á las contenidas en la cláusula 4ª y 12, cesó aquella obligación:

4° La doctrina de Derecho de que lo conveniente á las partes es la ley de la materia especial para los interesados, según se sienta en las sentencias de este Supremo Tribunal de 23 de Noviembre y 22 de Diciembre de 1859, 27 de Junio de 1862, 30 de Mayo de 1864, 10, 11 y 24 de Febrero, 9 y 25 de Mayo de 1865, 19 de Enero, 5 de Febrero y 26 de Mayo de 1866 y 17 de Noviembre de 1870:

5° La ley 14, tít. 11, Partida 5ª, que manda que nadie está obligado á cumplir los compromisos que contraiga bajo condición, si ésta no se ha llenado, pues bajo condiciones que debía cumplir Lezcano, se obligó la Compañía, y habiendo faltado aquél á ellas, cesó la obligación en ésta:

6° La doctrina legal, que contienen las sentencias de este Supremo Tribunal de 4 de Enero de 1866, 29 de Enero y 11 de Junio de 1867 y 17 de Febrero de 1875, por lo cual, el que no cumple la obligación que se impuso en un compromiso, no tiene derecho á exigir, siendo mutuos y correlativos los deberes, que la otra parte haga lo que se comprometió á hacer:

7° La doctrina legal, consignada en los fallos de 19 de Abril de 1859, 17 de Marzo de 1863, 28 de Marzo de 1861, 11 de Julio de 1871 y 23 de

Diciembre de 1874, según la cual es nula la sentencia que viola la ley del contrato que se impusieron lícitamente los otorgantes al celebrarle, y no da á sus cláusulas y condiciones el valor é inteligencia que le dieron los contratantes:

8º La doctrina sentada en la sentencia de este Supremo Tribunal de 18 de Abril de 1874, según la cual las obligaciones deben cumplirse en los términos y forma que se contrajeron sin darles más extensión que la que las partes contratantes le dieron:

9ª La doctrina asimismo sancionada por este Tribunal Supremo en los fallos de 11 de Abril de 1875, 10 de Junio de 1869, 22 de Abril de 1863 y 21 de Octubre de 1878, según la cual cuando las condiciones estipuladas en un contrato sean claras en su tenor, no hay necesidad de recurrir á interpretaciones que sólo autoriza la ley cuando la oscuridad ó la duda las haga absolutamente necesarias para una justa resolución, toda vez que la cláusula 4ª de la póliza imponía terminantemente al asegurado la obligación de participar cualquiera alteración ó modificación que hubiera de introducirse en la casa asegurada, quedando de lo contrario invalidada la póliza, y la sentencia afirmaba que el cambio de título del depósito de tabacos, cigarros y picadura El Manco de Lepanto por el de El Gran Talismán, en el cual se fabricaban tabacos, no afectaba á la naturaleza de la cosa asegurada ni al objeto del comercio á que estaba destinado, siendo así que de un establecimiento comercial como él era el primero, se había hecho otro industrial que aumentaba considerablemente los riesgos;

Y 10. La misma doctrina citada en el número anterior respecto á la lista detallada que sin demora debió presentar Lezcano según la cláusula 12, y á que la sentencia decía no faltó, porque por la carta que el agente de la Compañía le dirigió se venía en conocimiento de que cumplió su obligación de presentar la relación de los efectos existentes al verificarse el siniestro; advirtiéndose desde luego que no se presentó sin demora, pues habían trascurrido 22 días del siniestro; que la relación no era detallada, y que no se formó con asistencia de la persona encargada de los efectos, requisitos todos que la cláusula exigía para que la obligación quedara cumplida:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la sentencia recurrida al declarar procedente la demanda de D. Lorenzo Lezcano no infringe lo convenido en las cláusulas 4ª y 12 de la póliza del seguro, ni las leyes ni doctrinas que haciendo supuesto de la dificultad se citan en los 10 motivos del recurso, porque la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas suministradas por las partes, con relación á la letra y el espíritu de dichas dos cláusulas, establece en uso de sus exclusivas facultades, en cuanto á la 4ª, que ni el cambio de nombre del establecimiento asegurado ni la circunstancia de haberse elaborado en él algunos tabacos constituyen variación alguna de las á que se refiere dicha cláusula, capaz de alterar la naturaleza de la cosa asegurada, ni la índole principal de la especulación á que se dedicaba el establecimiento; y en orden á la 12 que Lezcano cumplió la obligación que le imponía de presentar á la Sociedad aseguradora la relación de los efectos existentes al verificarse el siniestro en la forma que le fué posible dada la destrucción completa por el incendio del edificio y de los libros y facturas que contenía,

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Compañía de seguros contra in-

cendios *Guardián Assurance y company, de Londres*, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 24 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1884.)

345

Recurso de casación en la forma en asunto de Ultramar (24 *de Noviembre de* 1883).—*Sala tercera.*—RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN DE UN INGENIO.—No ha lugar al interpuesto por D. Agustín Bautista Supervielle (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que si bien puede fundarse el recurso de casación por quebrantamiento de forma en la denegación de cualquier diligencia de prueba admisible, según las leyes, y cuya falta pueda producir indefensión, con arreglo á la causa* 6ª *del art.* 1013 *de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba, es necesario que el pleito se haya recibido á prueba, pues de otro modo no puede concebirse tal diligencia;*

Y 2º *Que la denegación del recibimiento á prueba en segunda instancia no es la causa que taxativamente autoriza dicho artículo y número para que pueda fundarse en ella el recurso.*

En la villa y corte de Madrid á 24 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera intancia de Sagua la Grande y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por D. Juan Bautista Supervielle, de nacionalidad francesa, vecino de la Habana, mecánico, con D. Agustín Cobo, comerciante de la misma vecindad, en representación de sus hijas menores Doña Manuela, Doña Herminia, Doña Irene y Doña Ursula, sobre restitución de la posesión de un ingenio; pendientes en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por D. Agustín Cobo y en su defensa y representación por el Doctor D. Antonio de Mena y Zorrilla y el Procurador D. Manuel Martín Veña, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. Diego Suárez y el Procurador D. Carlos Godino:

Resultando que entre D. Manuel Calvo y González, por sí y como apoderado de D. Antonio Bolívar y Serna, y D. Manuel Revilla y Lloreda se otorgó en 19 de Abril de 1873 escritura de Sociedad para la explotación del ingenio Paciega, sito en el partido de Ceja de Pablo, de la jurisdicción de Sagua la Grande, admitiendo y reconociendo como socio industrial y único administrador á D. Juan Bautista Supervielle, y pactando que las utilidades sociales las constituirían las mejoras que resultasen en la liquidación con relación al capital ingresado, de las que sacaría un 20 por 100 para el socio industrial, el cual percibiría además el sueldo que señalaban:

Resultando que en cumplimiento de un acto de conciliación, celebrado en la Habana en 9 de Octubre de 1879 entre D. Vicente Díaz y D. Manuel Froilán Cuervo, como demandantes, y D. Fernando Calvo y D. Manuel Revilla, como demandados, sobre pago de cierta cantidad, acordó el Juez de la Catedral en auto de 20 de dicho mes de Octubre que se entregase el ingenio Paciega en depósito á D. Agustín Cobo; pero habiendo acudido D. Juan Bautista Supervielle á dicho Juzgado

para que se le mantuviera en la posesión y administración de dicho ingenio en virtud de la escritura social antes referida, se dictó auto en 11 de Diciembre, que fué confirmado con las costas por la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad en 31 de Mayo de 1880, dejando sin efecto el auto de 20 de Octubre en que se había nombrado á D. Agustín Cobo depositario y administrador del ingenio, y que al efecto se librase el exhorto que fuese necesario:

Resultando que D. Vicente Díaz procedió ejecutivamente contra D. Fernando Calvo para el cobro de un crédito, constante en escritura pública, garantido con hipoteca de las dos terceras partes del ingenio Paciega, de la propiedad de Calvo, y de la otra tercera perteneciente á D. Manuel Revilla; y despachada la ejecución, fué embargada aquella finca; y dictada sentencia de remate, fué adjudicada en subasta á las hijasde D. Agustín Cobo Doña Manuela, Doña Herminia, Doña Irene y Doña Ursula:

Resultando que el Juzgado de Belén, que conocía de estos autos ejecutivos, mandó dar posesión del ingenio á las rematantes: que al efecto se librase el exhorto correspondiente al Juez de Sagua la Grande, y librado que fué acudió D. Juan Bautista Supervielle á este último Juzgado, y fundado en los antecedentes referidos y en que el crédito del D. Vicente Díaz no procedía de obligaciones y compromisos creados por la Sociedad propietaria y explotadora del ingenio Paciega y en otras razones, pidió que le amparase en la posesión pacífica y tranquila que disfrutaba de dicho ingenio, y que dejando en suspenso el cumplimiento del exhorto librado por el Juez de Belén, se dirigiese oficio á éste con testimonio de los particulares que designaba, para que se inhibiera del conocimiento del juicio ejecutivo establecido por D. Vicente Díaz en todo cuanto afectara, lesionara y perjudicara sus derechos en el ingenio Paciega y en sus anexidades, dejando así en suspenso el procedimiento de apremio y sin efecto la posesión mandada dar al rematante D. Agustín Cobo mientras no le pagase todas las mejoras y cantidades que le correspondían en el ingenio como socio industrial; remitiendo los autos susodichos á aquel Juzgado, con emplazamiento de las partes para que ante él pudieran hacer uso de su derecho:

Resultando que el Juez de Sagua la Grande en auto de 4 de Octubre de 1881 accedió á dicha pretensión; pero habiéndose opuesto el Juez de Belén á la inhibición requerida, fué resuelta la competencia por la Sala de lo civil de la Audiencia del territorio en sentencia de 14 de Julio de 1882, en la que se declaró que el conocimiento de las reclamaciones de D. Juan Bautista Supervielle, en cuanto se refieran á los derechos que puedan pertenecerle sobre el ingenio Paciega por la escritura de Sociedad de 19 de Abril de 1883, correspondía al Juez de primera instancia de Sagua la Grande:

Resultando que el Juez de Belén libró nuevo exhorto al de Sagua en 17 de Julio para que diese posesión á D. Agustín Cobo, en representación de sus hijas, del ingenio, á lo cual proveyó el exhortado en 27 de Julio de 1882 que sin perjuicio de su jurisdicción y de los derechos que pudieran asistir á Supervielle en virtud de la escritura de Sociedad, se diese cumplimiento al exhorto:

Resultando que Supervielle pidió reforma de dicha providencia, oponiéndose á la posesión y entrega del ingenio, y después de dictada otra providencia en 5 de Agosto, de que pidió también reforma, dictó auto el Juzgado el día 10 reformando la providencia del 5, y declaran-

do sin lugar la oposición formulada á la entrega del ingenio á D. Agustín Cobo, y que se llevase á efecto lo dispuesto acerca del cumplimiento del exhorto:

Resultando que remitidas de nuevo las actuaciones á la Audiencia en virtud de apelación oída libremente á D. Juan Bautista Supervielle, se personó también D. Agustín Cobo, en representación de sus menores hijas, y en escrito de 22 de Noviembre solicitó que previo el trámite del art. 870 de la ley de Enjuiciamiento civil, se recibiese el juicio á prueba por el término legal, fundado en el art. 868 y en todos los casos del artículo 869:

Resultando que la Sala de lo civil, en auto de 29 de dicho mes de Noviembre, desestimó la solicitud de D. Agustín Cobo por considerar que los artículos que se citaban referentes á las apelaciones de sentencias definitivas no eran aplicables al presente caso, en el que el auto apelado era interlocutorio, ni cabía traer á la vista nuevos hechos donde la apelación entrañaba sólo la resolución de un punto de derecho, cuyo auto, suplicado por Cobo con la protesta de utilizar en su caso y lugar el recurso de casación, fué confirmado por sus mismos fundamentos por otro de 5 de Diciembre:

Resultando que en 22 del mismo mes de Diciembre dictó sentencia la referida Sala revocando el auto apelado y mandando que D. Juan Bautista Supervielle fuese restituído en la posesión del nigenio con el carácter que le correspondía, por virtud de lo estipulado en la escritura de 19 de Abril de 1873, y que el Juez, en conformidad con esta resolución, procediera á la devolución del exhorto dirigido por el de Belén en 17 de Julio; condenando en las costas causadas en primera instancia á Cobo:

Resultando que por D. Agustín Cobo se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 5º del art. 8º de la ley vigente en Ultramar, protestando al mismo tiempo utilizar en su caso y lugar el recurso relativo al fondo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Pablo M. Sagasta:

Considerando que si bien puede fundarse el recurso de casación por quebrantamiento de forma en la denegación de cualquier diligencia de prueba admisible, según las leyes, y cuya falta pueda producir indefensión con arreglo á la causa 6ª del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba es necesario que el pleito se haya recibido á prueba, pues de otro modo no puede concebirse tal diligencia:

Considerando que en el auto recurrido no se han denegado diligencias de prueba, y sí sólo el recibimiento á prueba en segunda instancia que no es la causa que taxativamente autoriza el artículo para que pueda fundarse en ella el recurso;

Y considerando además que el recurso se ha fundado en la causa 5ª del referido artículo, el cual no tiene nada que ver con los motivos que se alegan, por cuyas razones es improcedente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Don Agustín Cobo á quien condenamos al pago de las costas; y procédase á la sustanciación del recurso de casación en cuanto el fondo.—(Sentencia publicada el 24 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 4 de Febrero de 1884.)

346

Recurso de casación (27 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por D. Bernardo Safont con D. Luis Hernández y el Ministerio fiscal (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que no se infringen los artículos 14, 15 y 18 de la ley de Enjuiciamiento civil al denegar el beneficio de pobreza, si el que lo solicita no ha probado, á juicio de la Sala sentenciadora, estar en los casos por aquélla previstos, sin que contra esta apreciación de los hechos se haya utilizado el único medio adecuado de alegar que con ella se ha cometido alguna de las infracciones establecidas por la ley.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte por D. Bernardo Safont y Maymir, vecino de Castellón de la Plana, Farmacéutico, con D. Luis Hernández, Barón de Eroles, Marqués de la Cañada, vecino de esta corte, y con el Ministerio fiscal sobre defensa por pobre del primero; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Letrado D. Gabriel Serrano y el Procurador D. Manuel Aguilar, en defensa y representación del demandante, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. Agustín Ondovilla y el Procurador D. Manuel Elías:

Resultando que en 1° de Marzo de 1882 dedujo D. Bernardo Safont demanda de pobreza con el fin de litigar con el Barón de Eroles, que fundó en que no poseía bienes, sueldo, rentas ni pensión que excediere del doble jornal de un bracero en Valencia, donde residía desde 1874 en unión de su mujer, pagando como huéspedes más ó menos, según las circunstancias, y viviendo de los productos eventuales de representaciones ú otros negocios que le encomendaban, y en que no pagaba contribución alguna por ningún concepto, é invocando el precepto de los artículos 13, 15 y 28 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que el Barón de Eroles se opuso á que se accediese á la demanda de Safont, alegando que los términos en que se halla redactado el art. 15 de la ley son taxativos y no consienten que sean declarados pobres más que aquellos que figuren en los casos en él previstos; y que el demandante se presentaba en una situación que no cabía en ninguno de los casos marcados en la ley, y si por analogía se consideraba aplicable alguno de ellos era preciso que probase que las representaciones y negocios, que le daban lo necesario para la vida, no ponían á su disposición medios superiores al doble jornal de un bracero en Valencia; en cuya hipótesis y á los efectos del art. 17 debía decir lo que le costaba el pupilaje:

Resultando que oído el Promotor fiscal, se recibió el incidente á prueba; y sustanciado por los demás trámites legales y en dos instancias, dictó sentencia confirmatoria la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte desestimando la demanda de pobreza de D. Bernardo Safont, con imposición de las costas:

Resultando que contra esta sentencia se interpuso por D. Bernardo Safont y Maymir recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1° El art. 14 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el concepto que el mismo contiene en sus diversos números respecto á los requisitos para ser declarados pobres;

Y 2° Los 15 y 18 de la misma ley, en el concepto que los mismos expresan con relación á la cuantía de las contribuciones y á los signos exteriores de riqueza:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que el fallo no infringe los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil citados en los dos motivos de casación que se invocan, porque el recurrente, á juicio de la Sala sentenciadora, no ha probado estar en los casos por aquélla previstos, sin que contra esta apreciación de los hechos se haya utilizado el único medio adecuado de alegar que con ella se haya cometido alguna de las infracciones establecidas por la ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Bernardo Safont y Maymir, á quien condenamos al pago de las costas y al de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

347

Recurso de casación en asunto de Ultramar (28 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO.—No ha lugar al interpuesto por D. Antonio Carrillo con la Sociedad *Martínez y Compañía* (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora, y que á ella debe estarse mientras no se alegue en contrario ley ó doctrina legal consagrada á dictar reglas para la apreciación de las pruebas, según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo;*

Y 2° Que si la sentencia recurrida no niega la validez de la paga que hace un deudor á su acreedor, ni la validez del acto de conciliación, ni tampoco la doctrina relativa á la nulidad y el dolo, sino que limita su declaración á la ineficacia de la obligación contraída, y por ello absuelve de la demanda de tercería, no infringe la ley 9ª, tít. 15, Partida 5ª; la del contrato en relación con la 1ª, tít. 1°, lib. 10 de la Novísima Recopilación; la doctrina legal de que la voluntad de las partes es la ley primera y especial que debe respetarse y cumplirse en la materia, siendo nula la sentencia que la infringe, prescinde de ella ó altera ó contraría lo convenido; el núm. 5° del art. 280, y el art. 217 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil; la ley 2ª, tít. 14, Partida 3ª; la doctrina que declara que cuando las acciones se fundan en la nulidad de un acto ú obligación, lo primero que debe pedirse es la declaración de aquella nulidad y como consecuencia la de los derechos á que da origen; y la que establece que el dolo nunca se presume.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Noviembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Jesús y María y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana por D. Antonio Carrillo O'Farrill con la Sociedad *Martínez y compañía* y D. Andrés Carrillo sobre tercería de dominio:

Resultando que en 1º de Julio de 1878 firmaron un documento privado D. Antonio Carrillo y O'Farrill y D. Andrés Carrillo, con intervención del Notario comercial D. Andrés Zayas, en el que convinieron que el Carrillo O'Farrill entregaba en el acto al D. Andrés, en calidad de préstamo y para atenciones refaccionarias del ingenio de su propiedad, titulado La Vega, la cantidad de 7.500 pesos en oro: que como garantía de esta cantidad consignaba al D. Antonio 200 bocoyes de azúcar de los que elaborase en dicho ingenio en su próxima zafra de 1878 á 1879: que como retribución del anticipo de los 7.500 pesos, Don Andrés abonaría á D. Antonio el interés anual de 15 por 100 sobre 6.000 pesos y 18 por 100 por los 1.500 restantes hasta tanto que el segundo estuviese reembolsado de la cantidad prestada, que debería ser en Mayo del año siguiente: que si por cualquier causa el ingenio La Vega no pudiese elaborar zafra suficiente para entregar los 200 bocoyes de azúcar, el D. Andrés afectaba al pago de la expresada suma todos sus bienes, dejando expedito el derecho que asistía á D. Antonio para cobrarse de la manera que más conveniente le fuera, ya júdicialmente, ya formulando una nueva negociación: que en caso de convenir á Don Antonio formular una nueva negociación sobre la subsecuente zafra de 1879 á 1880, se considerarían los primeros frutos que elaborase dicha finca La Vega, comprometiéndose el D. Andrés á no afectarlos por razón alguna, respetándose en caso de tomar anticipos sobre sus zafras á esta consignación:

Resultando que en 23 de Mayo de 1879 D. Antonio Carrillo O'Farrill demandó en acto de conciliación á D. Andrés Carrillo para que le abonase 3.500 pesos oro que le adeudaba, procedente el resto de 7.500 que le prestó sobre los frutos del ingenio La Vega, según contrato de 1º de Julio de 1878 con intervención del Corredor D. Andrés Zayas; el demandado contestó que era cierto el contrato que se presentaba, el cual reconocía, así como ser líquida y por pagar la suma que se le reclamaba, pero que no había podido seguir entregando los 200 bocoyes de azúcar que el contrato expresa; y careciendo de momento de numerario con que poder satisfacer, proponía á su acreedor le concediese un plazo de seis meses, ó caso contrario se hiciera pago con los muebles que en su casa poseía; el actor dijo que no podía aceptar la prórroga que se le pedía y que aceptaba en pago de la suma que se le adeudaba los muebles que se le decían, siempre que el deudor conviniese en conservarlos en depósito sin cobrarle anticipado alguno hasta que dispusiera de ellos; el demandado expuso que estaba dispuesto á mantener en depósito los muebles que detalló, los cuales cedía al Don Antonio para que como suyos los poseyera y enajenase á su voluntad, y si algo más valían cedía y traspasaba, en favor de aquél, y para en el caso de que después de vendidos no alcanzase á cubrir la suma reclamada se declaraba deudor por la suma que restase, otorgándole un pagaré por el resto; y conformes ambas partes, el Juez municipal dió por terminado el acto:

Resultando que en 20 de Mayo de 1879 la Sociedad Martínez y com-

pañía dedujo demanda ejecutiva contra D. Andrés Carrillo; y por consecuencia de ello le fueron embargados como de su propiedad en su casa habitación los siguientes muebles: un juego de sala, un espejo y una mesa de mármol; cuyos muebles manifestó en el acto del embargo la esposa del D. Andrés, con quien se entendió la diligencia, que eran de la exclusiva pertenencia de D. Antonio Carrillo O'Farrill:

Resultando que en 12 de Febrero de 1880, á consecuencia de los autos ejecutivos seguidos por la Sociedad Martínez y compañía contra D. Andrés Carrillo, en los que se habían embargado á este los muebles que existían en casa, D. Antonio Carrillo O'Farrill dedujo demanda de tercería de dominio, exponiendo que según aparecía del documento privado que acompañaba de 1° de Julio de 1878, D. Andrés Carrillo, dueño del ingenio La Vega, recibió del demandante y para atenciones de dicha finca la cantidad líquida de 7.500 pesos en oro, cuyo pago debía verificar con los productos del ingenio: que no habiendo cumplido el D. Andrés la obligación que se impuso, el D. Antonio le demandó en conciliación en 23 de Mayo de 1879, en cuyo acto D. Andrés cedió en pago los muebles que se expresaban en el acta que igualmente acompañaba, los cuales por no tener el demandante lugar á propósito para depositarlos los dejó en poder de D. Andrés hasta que le conviniera disponer de ellos: que esto había dado lugar á que en el acto del embargo se cumpliera el mandamiento en los muebles pertenecientes al Don Antonio desde el día del acto de conciliación, y los cuales se intentaba sacar á pública subasta en los mencionados autos ejecutivos seguidos por Martínez y compañía contra D. Andrés Carrillo; como fundamentos de derecho alegó que no procede enajenarse bienes de un tercero en el juicio ejecutivo sin que antes sea este vencido en juicio: que las obligaciones en derecho tienen la extensión que las partes han querido darles, siendo su cumplimiento forzoso, según la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación; y concluyó solicitando se mandara suspender los procedimientos de apremio, confiriendo traslado al ejecutante y ejecutado, declarando en definitiva improcedente el embargo, disponiéndose en su consecuencia su suspensión:

Resultando que con suspensión de los procedimientos ejecutivos se confirió traslado de la demanda á la Sociedad Martínez y compañía y á D. Andrés Carrillo; y evacuándolo aquélla pretendió se declarase sin lugar la demanda, con las costas; al efecto expuso, después de hacer referencia del acto de conciliación celebrado entre D. Antonio Carrillo O'Farrill y D. Andrés Carrillo, que aquél no tomó posesión de los muebles: que antes de ejecutoriarse ni llevarse á efecto lo convenido, cual era la entrega de los muebles y la venta de ellos, fueron embargados por la Sociedad demandada: que los dos Carrillos que como demandante y demandado celebraron el juicio de conciliación no habían hecho ejecutar ni cumplir su acuerdo en la forma que dispone el art. 218 de la ley de Enjuiciamiento civil; y como fundamentos de derecho alegó que el juicio de conciliación en que la cantidad demandada excede del importe del juicio verbal no tiene carácter de juicio cuando no se ejecuta lo convenido por el Juez de primera instancia: que por este mismo principio lo convenido en juicio de conciliación no tiene más carácter que el de contrato privado, y estos no pueden causar los efectos que previene el art. 996 de la ley de Enjuiciamiento civil: que el que deduce la acción de dominio tiene obligación de acreditar su derecho á los bienes que reclama, según sentencia de este Tribunal Supremo de 8 de Enero de 1866, 19 de Enero de 1870 y 7 de Enero de 1871: que

es principio de derecho que en toda adquisición de dominio han de concurrir la causa legítima en virtud de la cual se adquiere y el acto material de la entrega, con arreglo á la ley 6ª, libro 30, Partida 3ª: que según las leyes 1ª y 2ª, libro 3ª, Partida 3ª, la tradición de las cosas muebles sólo se verifica por la entrega material de ellas: que debe considerarse nulo el acto conciliatorio y el contrato en él recaído, aun admitiendo que se hubiese ejecutoriado, porque ha sido en fraude de acreedores:

Resultando que por no haber contestado á la demanda D. Andrés Carrillo se hubo por evacuado el traslado por parte del mismo; y después de haber replicado y duplicado D Antonio Carrillo O'Farrill y la Sociedad Martínez y compañía, reproduciendo las alegaciones y pretensiones de sus anteriores escritos, duplicó D. Andrés Carrillo Hernández, pidiendo se declarase con lugar la demanda y que los muebles en cuestión pertenecían en propiedad al demandante, suspendiéndose por lo tanto el embargo practicado en ellos y declarando de cargo de Martínez y compañía todas las costas que se ocasionasen:

Resultando que seguido el juicio por dos instancias, el Juez dictó sentencia, que fué confirmada por la Sala de lo civil de la Audiencia en 3 de Noviembre de 1881, declarando sin lugar la demanda de tercería de dominio interpuesta por D. Antonio Carrillo O'Farrill, absolviendo de ella á la Sociedad Martínez y compañía, condenando en las costas de mancomún é *in solidum* al demandante y deudor:

Resultando que D. Antonio Carrillo interpuso recurso de casación, que amplió en tiempo oportuno ante este Tribunal Supremo, citando como infringidos:

1º La ley 9ª, tít. 15, Partida 5ª, porque á pesar de que el recurrente era acreedor de D. Andrés Carrillo por 3.500 pesos, y en este concepto le entregó los muebles de su casa en pago de la deuda, bajo las condiciones que estipularon en el acto convenido de conciliación que celebraron en 23 de Mayo de 1879, la Sala sentenciadora no consideró válido este pago y estima que procede continuar el procedimiento de apremio contra esos bienes, sin que haya mediado la circunstancia de que hace mérito en su última parte de dicha ley de que la paga se ficiere después que hubiese el deudor hecho entrega de sus bienes á los acreedores ó los hubiese abandonado, en cuyo caso añade la ley «que la paga debe ser tomada é apuntada con los otros bienes que desamparó:»

2º La ley del contrato, en relación con la ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, ó sea la doctrina legal de que la voluntad de las partes es la ley primera y especial que debe respetarse y cumplirse en la materia, siendo nula la sentencia que la infringe, prescinde de ella ó altera ó contraría lo convenido, según jurisprudencia de este Tribunal Supremo, consignada, entre otras, en sentencias de 31 de Diciembre de 1857, 16 de Mayo de 1859, 12 de Diciembre de 1864, 27 de Junio de 1862 y 27 de Marzo de 1863; porque la sentencia prescinde de lo solemnemente estipulado por las partes en el acto convenido de conciliación, que reviste el carácter de un contrato solemne, que sólo podrá anularse si concurren algunas de las circunstancias que vician ó anulan los contratos, como son la falta de capacidad, el error, miedo, fuerza, dolo, etc., sin que durante el pleito se haya demostrado ni siquiera pretendido probar la concurrencia de ninguna de estas circunstancias:

3º El núm. 5º del art. 280 de la antigua ley de Enjuiciamiento ci-

vil, en relación con la regla 4ª del art. 281 de la misma ley, puesto que la sentencia recurrida desconoce la fuerza probatoria de una certificación de acto de conciliación que como actuación judicial es un documento público y solemne que debe hacer prueba plena en juicio; certificación por otra parte que vino al juicio en la forma que previene la ley y que en tal sentido no ha sido objeto de impugnación de la parte recurrida:

4º El art. 217 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, que declara que contra lo convenido en un acto de conciliación sólo se admite la demanda de nulidad, y que procederá ésta únicamente por las causas que dan lugar á la nulidad de los contratos, y la doctrina consignada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras, de 10 de Noviembre de 1860, 5 de Febrero y 20 de Abril de 1861 y 12 de Mayo de 1865, en las que se declara que contra lo convenido en acto de conciliación sólo se admite la demanda de nulidad; y que infringe el artículo citado de la ley de Enjuiciamiento civil la sentencia que declara lo contrario, porque sin haber sido objeto del pleito la cuestión de nulidad ó validez de dicho acto, en cuya celebración concurrieron todos los requisitos que exige la ley, se le declara ineficaz porque á juicio de la Sala sentenciadora el documento privado otorgado un año antes no era válido, y como está demostrada la perfecta independencia de los dos actos, y que puede subsistir el convenio á que se refiere el acto de conciliación, prescindiendo, en absoluto del anterior, es evidente que no adoleciendo el acto de conciliación de ninguno que traiga aparejada su nulidad es perfectamente válido y la sentencia recurrida con arreglo á la doctrina legal citada ha infringido el citado art. 217:

5º La ley 2ª, tít. 14, Partida 3ª, en la que se fijan los casos en que corresponde la prueba al demandado, ó sea al que niega alguna cosa, puesto que en la sentencia recurrida no consta que el recurrido probase las graves imputaciones que se hicieron al recurrente por la Sociedad Martínez y compañía con motivo del acto de conciliación referido; que habiéndose dicho por la Sociedad que la cesión de muebles por Carrillo fué una enajenación en fraude de acreedores, la prueba de tal afirmación incumbía al demandado, puesto que era la única causa que invocaba para que se declarase nulo dicho acto; y la sentencia recurrida, sin que tal cosa se probase, ha considerado bastante tal aseveración para anular un acto perfectamente válido y que consta acreditado por un documento público y solemne, como es la certificación del acto de conciliación, que es actuación judicial:

6º La doctrina legal consignada por este Tribunal Supremo, entre otras muchas sentencias, en las de 26 de Abril de 1861 y 28 de Octubre de 1867, que declara que cuando las acciones se fundan en la nulidad de un acto ú obligación, lo primero que debe pedirse es la declaración de aquella nulidad y como consecuencia de la de los derechos á que da origen; porque sin haberse obtenido previamente la declaración de nulidad del documento en que funda el recurrente su derecho, se ha hecho uso de acciones que se fundan precisamente en su nulidad ó falta de eficacia legal, sin que se haya intentado siquiera la demostración de que contiene vicios de nulidad:

7º La doctrina legal de que el dolo nunca se presume, infracción que se demuestra con las consideraciones anteriormente expuestas:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José María Alix y Bonache:

Considerando que la apreciación de las pruebas corresponde á la

Sala sentenciadora, y que á ella debe estarse mientras no se aleguen en contrario ley ó doctrina legal consagrada á dictar reglas para la apreciación de las pruebas, según tiene declarado con repetición este Tribunal Supremo:

Considerando que la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil allí vigente, ha declarado que no tiene eficacia alguna el documento privado que otorgaron D. Antonio y D. Andrés Carrillo, porque no se ha probado la certeza de la negociación que se supone hecha por ambos, sin que contra esta declaración se haya citado ley ó doctrina infringida:

Considerando que la sentencia recurrida no niega la validez de la paga que hace un deudor á su acreedor ni la validez del acto de conciliación, ni tampoco la doctrina relativa á la nulidad y el dolo de que se ocupa el recurrente, sino que limita su declaración, como queda dicho, á la ineficacia de la obligación contraída, y por ello la sentencia que absuelve de la demanda de tercería no infringe las leyes y doctrinas que se invocan en el recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Antonio Carrillo, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese á la Audiencia de la Habana la correspondiente certificación.—(Sentencia publicada el 28 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

348

Recurso de casación en asunto de Ultramar (29 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—LIQUIDACIÓN DE AVERÍAS.—No ha lugar al interpuesto por D. Ceferino Lorena, Capitán de la barca española *Manuel*, con la razón social *Fernando Rodríguez y compañía* y otros (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que no puede decirse infringidas por una sentencia leyes y doctrinas que no se refieren á la cuestión resuelta.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Noviembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Cerro de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. Ceferino de Lorena, Capitán de la barca española llamada *Manuel*, representado por el Procurador D. Federico Grases y defendido por el Doctor D. Francisco Lastres, con la razón social *Fernando Rodríguez y compañía*, representada hoy por el liquidador de la misma D. Hilario Rodríguez Torices; D. Leopoldo Gutiérrez Fernández, Gerente de *L. Gutiérrez y compañía*; la Sociedad *Salarregui y compañía*, y en su nombre y en concepto de Gerente D. Francisco Salarregui y Larrumbide, y D. Victoriano Pajés y Esquito, Gerente de la razón social *Pajés y compañía*, y en su nombre el Procurador D. Ignacio Santiago y Sanchez, bajo la dirección del Licenciado D. Cristino Martos; las Sociedades *Mendiguren y sobrinos*, *F. Iglesias y compañía*, *L. Gutiérrez y compañía*, *Viuda de Martinez é hijo*, *D. Juan Fernández y Suárez*,

y Arroyo, sobrino y compañía, en liquidación, y que no han comparecido en este Supremo, y con D. Ulpiano de Ondarza, naviero de la expresada barca, que tampoco ha comparecido, sobre liquidación de averías:

Resultando que con fecha en la Habana á 23 de Agosto de 1873 firmaron un documento simple, de una parte D. Ceferino de Lorena, Capitán de la barca española *Manuel*, y de otra los consignatarios parciales del cargamento que dicho buque conducía á aquel puerto desde Liverpool, en el que expresaron que dicho buque en su travesía había sufrido varias averías por haberse visto obligado á forzar velas para librarse de las islas Schilly, de lo cual resultó la apertura de una vía de agua que obligó á echar á la mar enseres de la cubierta y parte del cargamento con objeto de aligerar el buque, y no pudiendo á pesar de todo dominar aquélla, y habiéndose decidido á dirigirse á un puerto de arribada, sufrió el buque en el camino la embestida de una goleta, que le ocasionó otras averías de consideración, todo lo cual se probaba por la protesta que el Capitán hizo en debida forma el día 11 de Junio anterior en el puerto de Quenasioror, adonde arribó el buque para reparar sus averías: que en su virtud habían convenido y acordado con el fin de evitar gastos mayores y las consiguientes dilaciones de un procedimiento judicial, y de conformidad con lo que prevenía el Código de Comercio, nombrar peritos liquidadores á D. Desiderio Erdemán y D. José Arcocha, de aquel comercio, para que procedieran extrajudicialmente á la liquidación y reparto de las averías y demás que fuera necesario, conforme á los usos y costumbres de la plaza, tomando por base el importe del cargamento según las respectivas facturas, y el valor del buque según su tasación, con la correspondiente parte del flete; obligándose á estar y pasar por lo que practicasen, y anotando al pie el valor de los efectos que venían á su consignación, según las facturas:

Resultando que con fecha 29 de dicho mes de Agosto, el Capitán Lorena extendió una protesta ante Escribano y testigos contra los que se habían negado á firmar el compromiso, pretendiendo arrogarse el derecho de nombrar por su parte los liquidadores que tuvieran por conveniente, haciéndoles responsables de todos los daños y perjuicios que se originasen, protesta que se hizo saber á las razones sociales Cañarte y compañía, Hoyos, Rodríguez y compañía, Arroyo, sobrino y compañía, Pajés y compañía y M. A. de Cabarga y compañía, que manifestaron que no pretendían más que el exacto cumplimiento de la ley:

Resultando que en 12 de Setiembre siguiente D. Ceferino Lorena demandó de conciliación á la razón social Arroyo, sobrino y compañía para que prestara fianza satisfactoria y pudiera por ella entregarla 1.700 sacos de arroz y 200 barriles de cerveza que venían á su consignación, haciéndole responsable de los daños y perjuicios por la demora, porque dicha carga impedía el movimiento de la de otros consignatarios que se habían prestado extrajudicialmente á la liquidación de la avería gruesa: que el demandado se negó á prestar la fianza mientras el Capitán no cumpliera con lo dispuesto en los artículos 945 y siguientes del Código de Comercio, reconviniéndole para la entrega inmediata del cargamento á su consignación, con protesta de reclamar daños y perjuicios, con lo cual terminó el acto sin avenencia:

Resultando que con presentación de todos estos documentos acudió D. Ceferino de Lorena en 15 de dicho mes de Setiembre al Juez de pri-

mera instancia del distrito de la Catedral de la Habana, haciendo mérito de su resultado, y solicitando en virtud de que la razón social Arroyo, sobrino y compañía era la única que no se prestaba á lo convenido, que se tuvieran por nombrados los liquidadores D. Desiderio Erdemán y D. José Arcocha, y que se requiriera á aquélla para la designación de uno por su parte: que estimado así, y aceptado el cargo por los nombrados Arroyo y sobrino, se personaron en los autos con poder conferido al Procurador D. Juan Martí por D. Manuel Arroyo, Gerente de dicha Sociedad, oponiéndose á la pretensión del Capitán Lorena; y que el Juez en su virtud declaró que había cesado la jurisdicción voluntaria, pudiendo las partes hacer uso de su derecho en la forma correspondiente:

Resultando que repartido el pleito al Juzgado del distrito del Cerro, tuvieron lugar diversas diligencias para la entrega de la carga Arroyo y sobrino y otras relativas al embargo del buque y justificación de los hechos relativos á la avería, y que en 25 de Febrero de 1874 el Capitán D. Ceferino Lorena presentó la liquidación de averías practicada por los peritos Erdemán y Arcocha, pidiendo que se aprobara, condenando á todos los interesados que suscribieron el compromiso á estar y pasar por ella en todo tiempo:

Resultando que aprobado en efecto por el Juez en auto de 28 de Febrero de 1874, Arroyo, sobrino y compañía pidió reposición, y habiéndole sido negada, interpuso apelación, que se le admitió en un efecto: que también reclamaron contra este auto la Sociedad Fernando Rodríguez y compañía, Mediguren y sobrino, D. Juan Fernández Suárez, S. Iglesias y compañía, L. Gutiérrez y compañía y Saralegui y compañía; y que la Audiencia de la Habana, por sentencia de 22 de Mayo de 1875, estableciendo como fundamentos que á la aprobación judicial de la liquidación de averías debía preceder audiencia instructiva de los interesados, á lo cual se había faltado, y que la Sociedad de Arroyo y sobrino no era interesada, puesto que no firmó el convenio, revocó el auto apelado y mandó que el Juez procediera con arreglo á derecho:

Resultando que en 20 de Marzo de 1876 presentaron escrito de convenio D. Antonio Arjona, apoderado de D. Ceferino Lorena, Capitán de la barca; D. Manuel Ondarza, consignatario de la misma en su último viaje y apoderado de su hermano D. Ulpiano, dueño de ella; Don Juan Martí, apoderado de Arroyo, sobrino y compañía, en liquidación; D. Pascual Rodríguez, en representación de las Sociedades Fernando Rodríguez y compañía, Salarregui y compañía, viuda de Martínez é hijos, Pajés y compañía, Mendiguren y sobrino, J. Iglesias y compañía, Juan Fernández y Suárez, por sí, y L. Gutiérrez y compañía y los demás cargadores que lo suscribían, manifestando que convencidos de que la liquidación practicada adolecía de errores cuya subsanación en el terreno judicial sería dilatada, para salvarlos habían acordado nombrar á D. Felipe Núñez y D. Manuel Rodríguez, los cuales decidirían como creyeran más procedente si bastaba una rectificación ó era preciso hacer otra liquidación, en cuyo caso procedieron con arreglo á su leal saber y entender y á las leyes, usos y costumbres de aquella plaza, teniendo presentes las cinco bases ó capítulos que consignaron en dicho convenio, el cual pidieron se aprobara, condenando á las partes á estar y pasar por él, y solicitando por un otrosí que se instruyera de él á los cargadores que no lo habían firmado para que por respuesta

firmada se adhirieran al mismo ó mostraran su inconformidad, en cuyo caso la formularan dentro de tercero día, y si trascurridos no la formalizasen aprobarla, condenando á todos á estar y pasar por ello:

Resultando que ratificados en este escrito los firmantes de él, se mandó en providencia de 2 de Mayo instruir del convenio á los cargadores que no lo habían firmado en los términos que aparecían del mismo; y que notificados que fueron, el socio liquidador de Dix y compañía dijo que no podía adherirse al convenio, por cuanto aprobada la liquidación hecha por Erdemán y Arcocha satisfizo la parte que le correspondió abonar, por lo cual nada más tenía que hacer en este juicio: que la Sociedad M. Kellor y compañía dijo también que no podía adherirse al convenio porque la casa había sido solamente consignataria de los efectos que recibió, habiendo pagado oportunamente todo lo que se le cobró, cesando por ello su intervención en este asunto; y los demás cargadores se conformaron con el convenio ó no hicieron manifestación alguna:

Resultando que el Procurador D. Antonio Arjona, á nombre y con poder de los liquidadores de la razón social Dix y compañía, se personó en los autos oponiéndose formalmente á formar parte en el convenio y pidiendo se le entregaran: que Arroyo, sobrino y compañía solicitaron al propio tiempo su aprobación que se acordó en efecto en auto de 29 de Agosto de 1876, condenando á todos los interesados á estar y pasar en todo tiempo, acumulándose en su virtud los expedientes formados con motivo del juicio; y que pedida reforma por Dix y compañía fué denegada en auto de 5 de Julio:

Resultando que notificado el auto de aprobación del convenio á los cargadores que no lo suscribieron, tuvo lugar la anulación, y entregados los autos á los liquidadores D. Felipe Núñez y D. Manuel Rodríguez, presentaron la liquidación, de la cual se mandó instruir al Capitán y cargadores interesados por término de tres días, que se amplió después á siete, entendiéndose que á tenor del convenio sólo podía impugnarse caso de no estar conforme la liquidación con las bases en él estipuladas por los interesados:

Resultando que los peritos se ratificaron en la liquidación presentada; y que notificados los cargadores, manifestaron la mayor parte que la aprobaban, otros dijeron quedar enterados y D. Daniel María Kellor repitió lo que tenía manifestado:

Resultando que el Procurador D. José Quintano presentó escrito en nombre de D. Manuel Ondarza, como apoderado de su hermano D. Ulpiano, oponiéndose á la aprobación de la liquidación; y que el Procurador D. Antonio Arjona, en nombre del Capitán D. Ceferino Lorena, en escrito presentado en 13 de Julio de 1877 se adhirió á la oposición que contra la operación practicada por los peritos había establecido D. Manuel Ondarza, como apoderado de su hermano el naviero Don Ulpiano, pidiendo que se le entregaran los autos con la liquidación para expresar su oposición, y promoviendo por un otrosí incidente de pobreza:

Resultando que Arroyo, sobrino y compañía presentaron escrito en 16 de Julio solicitando que se aprobase la operación mencionada, declarándose sin lugar las oposiciones de los Procuradores Arjona y Quintano, con imposición de costas; declarándose asimismo que Quintano no era parte en el asunto, porque la sustitución presentada del poder conferido por D. Ulpiano de Ondarza á favor de su hermano D. Manuel

no era general, sino simplemente para lo relativo á la barca *Augusta Elza*, de la cual no se trataba en este pleito, careciendo por ello de personalidad:

Resultando que denegada la reforma y admitidas libremente las apelaciones que interpusieron el Capitán Lorena y las Sociedades Fernando Rodríguez y demás contra el auto aprobatorio de 19 de Julio de 1877, recurso de que éstas se separaron por estar conformes con la liquidación y á que se adhirió el naviero D. Ulpiano Ondarza, sustanciada la segunda instancia, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana dictó sentencia en 30 de Junio de 1879, confirmando con las costas el auto apelado de 19 de Julio de 1877:

Resultando que el Capitán de la barca D. Ceferino Lorena interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fundó en las causas 2ª y 3ª del art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil, y ha sido ya denegado, y además por infracción de ley, respecto del cual alegó que aprobándose por la sentencia una liquidación de averías, basada en un convenio no admitido por todos los interesados, siendo así que ya se había decretado por ejecutoria que se liquidase judicialmente, se habían infringido:

1º Las leyes 13 y 19, tít. 22, Partida 3ª, que tratan de la fuerza y valor de las sentencias y de la nulidad de todo juicio posterior contrario á lo sentenciado anteriormente, en cuanto habiéndose ejecutoriado la sentencia dictada por aquella Audiencia en 22 de Mayo de 1875, que revocó la aprobación de otra liquidación basada en un convenio aceptado por todos menos uno de los interesados y mandó que el Juez procediese con arreglo á derecho y á lo dispuesto en el art. 961 del Código de Comercio, no podía aprobarse la liquidación de que se trataba actualmente que tenía por base otro convenio hecho por algunos interesados, impugnado por otros y no consentido por todos, resultando así dos sentencias incongruentes y contradictorias:

2º La doctrina legal admitida por la jurisprudencia consignada en la sentencia de 14 de Mayo de 1867, según la cual es nula de derecho la que cuando se trata del cumplimiento de otra ejecutoria contraría ésta, toda vez que estando juzgado y mandado que se hiciera la liquidación de las averías de la barca en vía judicial con arreglo á derecho, se había aprobado una liquidación sin la audiencia instructiva de todos los interesados, dando un valor á un convenio contra el cual protestaron dos de los cargadores y cuya aprobación se hizo sin guardar las formalidades necesarias para que constase el espontáneo asentimiento de cuantos tenían interés en el negocio:

3º Los artículos 946, 953 y 961 del Código de Comercio, que disponen que el reconocimiento y liquidación de la avería se haga por peritos á propuesta de los interesados ó sus representantes, ó bien de oficio por el Juez si no lo hiciesen: que la avería gruesa se reparta entre los contribuyentes, y que á la aprobación del repartimiento proceda audiencia instructiva de todos los interesados presentes ó sus legítimos representantes, toda vez que la liquidación y reparto de que se trataba estaba hecha en virtud de un convenio que no fué estipulado ni admitido por todos los interesados presentes:

4º El art. 966 del mismo Código, que establece que sólo dejen de observarse las reglas de los anteriores cuando existan convenios especiales hechos por todos los interesados, en cuyo único caso podía prescindirse de la instrucción judicial, toda vez que se había dado fuerza y

valor de convenio á una estipulación de algunos interesados, á la que no habían asistido la mayor parte de ellos y contra la cual protestaron expresamente las Sociedades de Dix y compañía y M. Kellor y compañía; aprobándose la liquidación y partición hecha por los peritos Núñez y Embil, que procedieron á hacerlas por nombramiento, consignando en el mismo convenio las bases de éste, dando así ocasión á que cualquiera de aquellos interesados que no estipularon se resistiera á pasar por lo hecho sin su expresa anuencia y fuera de las disposiciones del Código:

5° El art. 16, y las reglas 1ª y 4ª del art. 18 del decreto ley de 6 de Diciembre de 1868, extendido á las provincias de Ultramar por decreto de 1° de Febrero de 1869, en que se dispone que en las diligencias á que se refieren entre otros los artículos 945, 946, 953 y 966 del Código de Comercio sobre liquidación y repartimiento de averías, deberán ser citadas las personas á quienes puedan perjudicar, debiendo entregárseles las diligencias concluídas que sean antes de que recaiga providencia judicial; formalidades de que se había prescindido á pesar de haber reclamado gran número de interesados la entrega de autos para examinar la liquidación y hacer las reclamaciones que considerasen oportunas:

6° La doctrina legal consignada en sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1859, que establece que los convenios no son obligatorios para los que ni directa ni indirectamente prestan su asentimiento y conformidad á ellos, puesto que al aprobar la liquidación se daba valor á un convenio á pesar de que la mayor parte de los interesados en él no habían intervenido en su formación ni prestado su asentimiento, y dos de ellos habían manifestado explícitamente que no estaban conformes con las estipulaciones que contenía:

7° La doctrina universal de jurisprudencia que establece que los convenios para tener valor de tales han de basarse en el consentimiento libre y espontáneo de las partes, sin que pueda ningún Juez obligar á nadie á que se adhiera á un contrato ó sostenga un litigio para impugnar el que por conveniencias propias han celebrado otros interesados, puesto que se aprobaba una liquidación y se daba eficacia á un convenio que no tenía el asentimiento de la mayor parte de aquellos que se limitaron á guardar silencio, cuando el Juez, infringiendo el principio de la libertad de contratación, les previno que si no le impugnaban en forma dentro de tres días les tendría por consentidos, habiendo algunos que manifestaron expresamente su conformidad con el contrato que se les imponía:

8° El art. 1061 de la ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia constante que establece la doctrina de que reconociéndose en un procedimiento una falta sustancial del mismo, debe reponerse al estado que tuviera cuando se cometió la falta, puesto que reconociéndose en el auto de 19 de Julio de 1877, confirmado por la sentencia de vista, la falta de personalidad del Procurador D. José Quintano, que había sido tenido por parte en 13 de Abril de aquel año, mandó reponer el procedimiento al estado que tenía cuando se incurrió en aquélla en notorio perjuicio del Capitán Lorena, que habiéndose adherido á la impugnación que en nombre del naviero hizo aquel Procurador, quedaba imposibilitado de sostener su derecho por causa de efectos que le eran imputables:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la cosa juzgada que se invoca en los dos primeros motivos, porque en nada se opone á providencias anteriores la declaración en que se funda el fallo de que el Capitán Lorena no compareció á hacer oposición á la liquidación de averías practicada conforme al convenio ajustado en escrito de 20 de Marzo de 1876 entre el mismo Lorena y los cargadores que lo suscribieron:

Considerando que por la misma razón no son aplicables y no han podido infringirse las disposiciones y doctrinas legales citadas en los restantes motivos del recurso, ninguno de los cuales se refiere á la cuestión resuelta por la Sala sentenciadora;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Ceferino Lorená, Capitán de la barca española llamada *Manuel*, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad por que prestó caución, que pagará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente.—(Sentencia publicada el 29 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

349

Recurso de casación (29 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera*.—MEJOR DERECHO Á LOS BIENES DE UNA CAPELLANÍA.—No ha lugar á los recursos interpuestos por el Ministerio fiscal en representación del Estado y por Doña Filomena Mañano con D. Miguel Gambón y otros, y se resuelve:

1° *Que el art.* 36 *de la instrucción de* 25 *de Junio de* 1867 *es una disposición de carácter general aplicable siempre que los interesados en una capellanía que debe subsistir con sujeción á las disposiciones del Convenio ley de* 24 *de Junio de dicho año no conviniesen extrajudicial y amistosamente en lo tocante á sus respectivos derechos á los bienes que forman la dotación de la misma capellanía: y que en circunstancias tales corresponde á los Tribunales de justicia determinar, con arreglo á la legislación observada antes del Concordato, el derecho controvertido y fijar en su caso la parte alícuota de la renta que deba convertirse en inscripciones intrasferibles*:

2° *Que la sentencia que declara á favor de uno de los solicitantes el derecho preferente á los bienes de la capellanía en cuestión, añadiendo que no podrá entrar en posesión de ellos hasta que haya hecho la conmutación prevenida en el arreglo con la Santa Sede, no desconoce con estas declaraciones la subsistencia de la capellanía, que por otra parte nadie ha puesto en duda, ni infringe el art.* 4° *del Convenio ley de* 24 *de Junio de* 1867, *ni el* 36 *de la instrucción de* 25 *del mismo mes y año, ni la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en consonancia de dichas disposiciones, que hubieran sido contrariadas si se adjudicasen los bienes de la capellanía puramente y sin ninguna restricción*;

Y 3° *Que no se infringen los artículos* 1° *y* 2° *de la ley de* 19 *de Agosto de* 1841, *si según la apreciación que ha hecho la Sala sentenciadora de las pruebas suministradas por la partes, resulta de un modo*

evidente, consultados los árboles genealógicos traídos al pleito, que en la persona á quien se adjudican los bienes de la capellanía concurren todas las cualidades que según la fundación y las leyes invocadas le dan preferente derecho sobre los demás concurrentes á obtener dichos bienes, y contra esta apreciación no se cita ley ó doctrina legales que dicha Sala haya podido vulnerar, limitándose la recurrente á sustituir su propio criterio al del Tribunal sentenciador.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Daroca y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por D. Miguel Gambón, vecino de Paniza, con D. Mariano Mañano, y en subrrogación de éste con su hija Doña Filomena Mañano y Estrada, con D. Manuel Cubero Cuadrado, vecinos de Daroca, sobre mejor derecho á los bienes dotales de una capellanía, en el que ha sido también parte el Ministerio fiscal; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recursos de casación por infracción de ley, interpuesto por el Fiscal, en representación del Estado, y por Doña Filomena Mañano, bajo la dirección del Licenciado D. Juan de la Riva y representada por el Procurador D. Francisco Quintín Fernández, no habiendo comparecido ninguno de los recurridos:

Resultando que D. Joaquín Deza y Garay otorgó en Paniza á 12 de Junio de 1772 un codicilo facultando al Racionero D. Francisco Tejero y al religioso capuchino Fray Fidel de Arbalate para que fundasen con los bienes que señaló y con los demás de su herencia que fuesen necesarios para formar una renta anual de 200 libras jaquesas una capellanía colativa perpetua, bajo la invocación de Nuestra Señora del Aguila, nombrando como primer Capellán al Licenciado y Clérigo tonsurado D. Ramón Rodrigo, por muerte del cual, dejación ó renuncia pasase á los parientes más cercanos del testador por línea recta que llevasen el apellido de Deza y Garay y siempre al más habil, y por falta de sus parientes que fuese para hijos del lugar á oposición, y que los dichos Fray Fidel Arbalate y D. Francisco Tejero fundaron la capellanía instituyendo y nombrando primer Capellán á D. Ramón Rodrigo, conforme lo había dispuesto el testador, y ordenando que los patronos tuviesen obligación en caso de vacante por muerte ó renuncia del primer Capellán de presentar al pariente más cercano que hubiese del testador por línea recta de los padres ó abuelos del mismo que llevase el apellido de Deza ó Garay, declarando á continuación, para evitar en lo sucesivo dificultades en la justificación del entronque y parentesco, los parientes que existían de dicho fundador D. Joaquín Deza y Garay:

Resultando que promovido expediente por D. Miguel Gambón con el fin de que se declarase la excepción de los bienes dotales de la capellanía de que se trata, se hizo dicha declaración en Real orden de 16 de Febrero de 1875, con presentación de la cual y de un árbol genealógico para acreditar su entronque con el fundador dedujo Gambón demanda en el Juzgado de primera instancia de Daroca con la solicitud de que se convocase por edictos á los que se considerasen con derecho á los bienes de la capellanía, y tanto en el caso de que compareciese algún opositor como en el de no haberlo, se le adjudicasen en definitiva dichos bienes como de libre disposición, con sus productos desde la muerte del último Capellán, fundándose para ello en que dicha capellanía había sido siempre poseída por parientes del fundador, y había sido su último Capellán D. Diego Gambón Rodrigo, su tío carnal, que había falle-

cido en 9 de Setiembre de 1872, y en que era pariente también del fundador D. Joaquín Deza y Garay:

Resultando que D. Mariano Mañano hizo oposición á la capellanía alegando que era el pariente más inmediato del fundador, pues era sobrino del primero llamado en la fundación D. Ramón Rodrigo, y solicitando que se le adjudicasen los bienes dotales de la misma con todos los productos desde el fallecimiento del último Capellán, y con arreglo á lo dispuesto en la ley de 24 de Junio de 1867; y también se presentó en concepto de opositor D. Manuel Cubero y Cuadrado, Marqués de Alcocebar, invocando su cualidad de cuarto nieto de D. Antonio Garay y Doña Felipa González, abuelos maternos del fundador:

Resultando que suministrada prueba por las partes, emitió dictamen el Ministerio fiscal pidiendo que se adjudicasen los bienes de la capellanía á D. Manuel Cubero, declarándola subsistente, y debiendo para entrar en posesión de ellos justificar en forma haber hecho la conmutación en los términos dispuestos en la ley de 19 de Agosto de 1841 y en el Convenio ley de 24 de Junio de 1867:

Resultando que en 5 de Diciembre de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza sentencia confirmatoria, adjudicando á Don Manuel Cubero y Cuadrado los bienes de la capellanía fundada por Joaquín Deza y Garay en la iglesia parroquial de Paniza, bajo la advocación de Nuestra Señora del Aguila, con los frutos y rentas producidos desde la muerte del último Capellán y con la obligación de proceder á la conmutación de los mismos en la forma establecida en el Convenio ley de 24 de Junio de 1867 y en la instrucción para su cumplimiento entrando en la posesión de aquéllos tan pronto como esto último hubiere tenido lugar:

Resultando que contra esta sentencia interpuso recurso de casación el Ministerio fiscal en representación del Estado, citando en su apoyo como infringidos:

1° El art. 4° del Convenio ley de 24 de Junio de 1867, que declara que las capellanías reclamadas después del Real decreto de 28 de Noviembre de 1856 quedan subsistentes, en el concepto de que la de que se trata lo fué en 14 de Noviembre de 1876, y la sentencia no sólo prescinde de aquella declaración, sino que virtualmente se contradice al no aceptar el considerando 8° de la primera instancia, que contenía dicha doctrina, por cuya razón no puede considerarse comprendida en los términos en que fué confirmada:

2° El art. 36 de la instrucción de 25 de Junio de 1867, conforme al cual la facultad de los Tribunales está limitada á la declaración del mejor derecho entre los parientes para intervenir en el expediente y hacer la conmutación de que habla el artículo 34; pero no para adjudicar los bienes que sin necesidad de declaración alguna pasan en calidad de libres á los interesados por el hecho de verificar la conmutación conforme á lo establecido en el art. 13 del Convenio anteriormente citado;

Y 3° La doctrina establecida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1881 y 28 de Enero de 1882, que guardan perfecta relación con lo establecido en el fundamento anterior, en las cuales se dió lugar á los recursos que las motivaron, declarando que no procedía acceder á las adjudicaciones que se pretendían en las respectivas demandas:

Resultando que Doña Filomena Mañano y Estrada interpuso asimismo recurso de casación por considerar infringidos:

1º El art. 1º de la ley de 19 de Agosto de 1841, que dispone que los bienes de las capellanías colativas á cuyo goce estén llamadas ciertas y determinadas familias se adjudicarán como de libre disposición á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco, según los llamamientos, pero sin diferencia de sexo, edad, condición ni estado; por cuanto el causante de la recurrente justificó su entronque y parentesco con el fundador y ser sobrino carnal citado D. Ramón Rodrigo, primer Capellán instituído, y por consiguiente en preferente línea y grado;

Y 2º El art. 2º de la misma ley que dispone, en consonancia con lo dicho en el anterior, que serán preferidos los parientes que con arreglo á la fundación sean de mejor línea, y entre los de ésta aquél ó aquéllos que fuesen de grado preferente; y que cuando se hiciesen los llamamientos en general á los parientes sin distinguir de líneas ni grados, serán preferidos los más próximos á los fundadores ó á los que éstos señalasen como tronco:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando, respecto al recurso interpuesto por el Ministerio fiscal, que el art. 36 de la instrucción de 25 de Junio de 1867 es una disposición de carácter general aplicable siempre que los interesados en una capellanía que debe subsistir con sujeción á las disposiciones del Convenio ley de 24 de Junio de dicho año no conviniese extrajudicial y amistosamante en lo tocante á sus respectivos derechos á los bienes que forman la dotación de la misma capellanía: y que en circunstancias tales corresponde á los Tribunales de justicia determinar con arreglo á la legislación observada antes del Concordato, el derecho controvertido y fijar en su caso la parte alícuota de la renta que deba convertirse en inscripciones intrasferibles:

Considerando que la sentencia recurrida, al propio tiempo que declara á favor de D. Manuel Cubero el derecho preferente á los bienes de la capellanía en cuestión, añade que no podrá entrar en posesión de ellos hasta que haya hecho la conmutación prevenida en el arreglo con la Santa Sede, y con estas declaraciones no desconoce la subsistencia de la capellanía, que por otra parte nadie ha puesto en duda, ni infringe los artículos citados del Convenio ley é instrucción de 1867 ni las doctrinas establecidas en las resoluciones de este Tribunal Supremo invocadas en el tercer motivo, que hubieran sido contrariadas si se adjudicasen al recurrido los bienes de la capellanía puramente y sin ninguna restricción:

Considerando, en cuanto al recurso de Doña Filomena Mañano, que la sentencia no infringe los artículos 1º y 2º de la ley de 19 de Agosto de 1841, puesto que según la apreciación que ha hecho la Sala sentenciadora de las pruebas suministradas por las partes, resulta de un modo evidente consultados los arboles genealógicos traídos al pleito: que en el recurrido D. Manuel Cubero concurren todas las cualidades que según la fundación y las leyes invocadas le dan preferente derecho sobre los demás concurrentes á obtener los bienes de la capellanía litigada, y contra esta apreciación no se cita ley ó doctrina legales que dicha Sala haya podido vulnerar, limitándose la recurrente á sustituir su propio criterio al Tribunal sentenciador;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar á los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por el Ministerio fiscal en representación del Estado, y por Doña Filomena Mañano y

Estrada, condenando á esta última al pago de las costas, y para el caso en que mejore de fortuna al de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 29 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

350

Recurso de casación (29 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE UN SEGURO.—No ha lugar al interpuesto por D. Francisco G. Camino y sobrino con la Compañía *La Unión y el Fénix Español* (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1° *Que si la Sala sentenciadora, apreciando en uso de sus exclusivas facultades los diferentes hechos y elementos probatorios, califica el siniestro marítimo de que se trata de naufragio con salvamento, y la Compañía aseguradora sólo responde, según la póliza del seguro, de pérdida total y avería gruesa; evidente es que no es aplicable ni se infringe por la sentencia, por no aplicarlo, el art.* 936 *del Código de Comercio, que tiene por objeto definir lo que en general se entiende por avería gruesa, y que si eso no obstante se cita por la Sala, no es para aplicarlo, sino para demostrar que en combinación con el* 943, *que también se cita, constituyen una excepción de la regla general, que impide dar al hecho el calificativo de avería gruesa, mereciendo sólo el de naufragio, toda vez que la nave llegó náufraga al sitio donde se la hizo encallar, y allí mismo pereció sumergiéndose; y por lo expuesto, al absolver la sentencia de la demanda á la Compañía aseguradora, no infringe dichos artículos de la ley mercantil, ni la del contrato:*

2° *Que tampoco infringe la sentencia los artículos* 945 *y* 946 *del citado Código, porque refiriéndose á la justificación de las partidas y gastos de la avería gruesa, rechazada por la sentencia esta calificación del siniestro, es inaplicable contra ella la doctrina de los artículos mencionados; además de que el reconocimiento y la liquidación á que el recurrente se contrae es ordinaria entre buque y carga, de todo punto distinta á la liquidación entre el asegurador y el asegurado, la cual, sobre estar sujeta á rectificación con arreglo á la póliza, constituye la verdadera materia de este pleito y de la sentencia que lo ha resuelto;*

Y 3° *Que los motivos que parten de premisas ya desestimadas, carecen de razón de ser y de aplicación al caso.*

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Noviembre de 1883, en el juicio arbitral que ante Nos pende en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Santander y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por Don Francisco González Camino y sobrino, vecinos y del comercio de Santander, representados y defendidos por el Procurador D. Manuel Martín Veña y el Licenciado D. Francisco Silvela, con la Compañía de seguros reunidos *La Unión y el Fénix Español*, domiciliada en esta capital, representada por el Procurador D. Francisco Sánchez Morayta, bajo la dirección del Licenciado D. Tomás María Mosquera, sobre pago de un seguro:

Resultando que la Compañía de seguros reunidos La Unión y el Fénix Español, por medio de Subdirectores en Santander hijos de Porrúa y compañía, aseguraron según póliza fecha 1° y 7 de Setiembre de 1880 á los Sres. F. G. Camino y sobrino por cuenta de quien correspondiera y mediante el premio de 1 por 100 la cantidad de 100.000 pesetas del valor de 2.990 barriles y 3.000 sacos de ocho arrobas y 250 sacos de cuatro arrobas de harina de primera, cuyo valor total era de 246.000 pesetas, cargadas ó á cargar debajo de cubierta de la corbeta *Joaquina*, de bandera española, su Capitán el que fuese de viaje de Santander á dos puertos Sur ó dos puertos Norte de la isla de Cuba, siendo condiciones generales de la póliza, entre otras: primera, la Compañía tomaba á su cargo con arreglo al artículo 861 del Código de Comercio todos los riesgos, pérdidas y daños que pudieran acaecer á las mercaderías aseguradas conducidas bajo cubierta, por varamiento ó empeño de la nave, con rotura ó sin ella por tempestad, naufragio, abordaje casual, cambio forzado de ruta ó viaje, por echazón, fuego y generalmente por todos los accidentes y riesgos de mar: novena, la responsabilidad de la Compañía se limitaría únicamente á la cantidad asegurada en la póliza, y en ningún caso se acumularía la acción de avería y la de abandono por siniestros ocurridos que fueran por distintos accidentes; las averías se liquidarían con separación las gruesas de las particulares, haciéndose la clasificación, arreglo y aprecio según dispone el Código de Comercio; los gastos de averiguación y prueba se abonarían tan sólo en el caso de que la avería en sí misma á cargo de la Compañía y antes de acumularle los citados gastos excediese de la franquicia que le correspondía: undécima, las averías, daños y pérdidas que con arreglo á lo estipulado en esta póliza fueran á cargo de la Compañía, se justificarían en la plaza de Santander, y en ella se verificaría su pago sin deducción alguna por franquicia cuando excedieran las gruesas y comunes del 3 por 100 y las simples de los tipos que designan según sus clases y empaques en la nomenclatura que la póliza contiene; y décimacuarta, las indemnizaciones á que daba derecho esta póliza serían satisfechas á los 10 días de aprobado el arreglo de avería ó de admitido el abandono, ó del resultado definitivo del arbitraje en los casos de discordia, rectificándose por la Compañía toda liquidación que no estuviese hecha con arreglo á las condiciones estipuladas en esta póliza y al Código de Comercio, siendo condición especial que en este seguro sólo se respondía de pérdida total ó avería general:

Resultando que en 9 de Setiembre de 1880 salió la corbeta *Joaquina* del puerto de Santander con rumbo al de Cárdenas, al mando de su Capitán D. Juan Antonio de Aralucea, con el expresado cargamento de harinas, consignado á la orden de F. Rafecas y compañía, de la Habana; y según acta de protesta consignada por dicho Capitán en Cárdenas á 27 de Noviembre siguiente, ampliada en 6 de Diciembre, la corbeta *Joaquina* durante la travesía había tenido malos tiempos en general, haciéndola tumbar y trabajar mucho, por lo cual remanecía bastante agua en las bombas, que aumentaba ó disminuía según arreciaba ó calmaba el temporal: que así siguió el buque hasta la singladura del 26 al 27 de Noviembre en que tocó con los arrecifes del bajo Nicolás y Mendano, y saliendo á flote á los pocos momentos siguió navegando en dirección al puerto de Cárdenas, entrando á las ocho de la mañana del 27 con bandera de socorro, y llegado el práctico, en vista de que había en la bodega de 10 á 11 pies de agua y de que no podía llegarse dentro

del puerto, en junta de Oficiales se acordó seguir el mismo rumbo hasta abarrancar en el punto más próximo, que era la Punta de Hicacos, para salvar los intereses de cargamento y buque en cuanto fuera posible: que inmediatamente después del encallamiento deliberado, el Capitán desembarcó y se presentó al Ayudante de Marina y Capitán del puerto de Cárdenas, dándole parte del siniestro y pidiéndole auxilio para el salvamento del buque y carga: que en vista de las dificultades que se presentaban para hacer la descarga con la urgencia necesaria, se acordó por unanimidad en junta de Oficiales romper la cubierta por varias partes, y así verificado se logró sacar 1.787 barriles y 2.939 sacos de harina, que fueron depositados en Cárdenas en estado de avería, procediéndose también al salvamento de enseres y pertrechos del buque, que igualmente fueron depositados: que reconocida la carga y fondos del buque por los buzos, manifestaron que éstos estaban estropeados á consecuencia de la varada, y que no era posible tapar sus aberturas, y que aquélla estaba deshecha; y después de sacado todo lo que fué posible, en junta de Oficiales se acordó por unanimidad en 6 de Diciembre hacer abandono del resto y carga; y á consecuencia de un Norte muy duro durante los días 7, 8 y 9 desapareció el buque y lo que contenía, por lo que no pudo verificarse el reconocimiento que el Capitán había solicitado del Juez de primera instancia para ver si podía ser rehabilitado el buque y seguir su marcha:

Resultando que á instancia del mismo Capitán se acordó el reconocimiento de los efectos salvados, que practicaron dos peritos, que declararon que un 50 por 100 de la harina se hallaba completamente averiado é inútil para la panificación, pudiendo aplicarse para usos industriales, y el otro 50 por 100 podía utilizarse trasbasándolo y escogiéndolo, y que debía procederse á la enajenación en guarda de mayores perjuicios: que en su virtud se pidió y el Juzgado acordó la subasta de las harinas y pertrechos, previo avalúo que verificó el perito designado por el Capitán en 20.499 pesos; acordándose también se hiciera saber á F. Rafecas y Compañía que se iba á proceder á la subasta por cuenta de quien correspondiese para responder del flete y gastos del salvamento y para que como consignatarios y caso de haber hecho abandono, manifestasen quiénes eran los representantes de las Compañías aseguradoras, á los cuales se haría la misma instrucción por si querían mostrarse parte, y en su virtud se notificó á la referida Sociedad y á los agentes de las Compañías Belfoz y compañía que lo eran de La Reunión y La Unión y el Fénix Español, y á D. Aquilino Ordóñez que lo eran del Lloyd Suizo, manifestando Belfoz y compañía que sus atribuciones eran sólo reconocer las averías y dar cuenta, y que careciendo por tanto hasta entonces de intrucciones, se abstenía de contestar á lo que se le preguntaba:

Resultando que en 14 de Febrero de 1881 el Capitán Aralucea dirigió una instancia al Comandante general de Marina, exponiendo que se había puesto de acuerdo con los salvadores de la carga y pertrechos de la barca en la remuneración que había de abonarles, y les había pagado lo convenido, como aparecía de los justificantes que acompañaba, autorizado por los salvadores y representantes de las Compañías aseguradoras, entre ellos Belfoz y compañía, que lo era de la Unión y el Fénix Español, y pidió se ordenase la terminación y sobreseimiento del expediente de salvamento y se le entregasen las harinas y efectos salvados; y acreditado además por el Capitán haber satisfecho á la Ad-

ministración de la Aduana los derechos correspondientes, se dió por terminado el expediente, y se mandó hacer entrega de las mercancías al Capitán Aralucea por el Ayudante de Marina, como así se verificó en 4 de Marzo; y en su consecuencia dicho Capitán acudió al Juzgado de primera instancia, solicitando que previa audiencia del Promotor fiscal se le admitiese la subasta voluntaria de las harinas y pertrechos; así acordado, tuvo efecto el remate, adjudicándose á los mejores postores las harinas por la cantidad de 17.500 pesos oro, y la parte de velamen y casco salvados de la barca en 1.262 pesos oro, consignándose por los compradores dichas cantidades:

Resultando que en 28 del repetido mes de Marzo de 1881, á solicitud del Capitán Aralucea dispuso el Juez, de conformidad con los artículos 945 y 946 del Códigó de Comercio, proceder á la liquidación de la avería del cargamento, teniendo por nombrado perito de parte del Capitán á D. Manuel Antonio Ontaura, y que se intimase á Pedemonte y Compañía, consignatarios de la barca *Joaquina*, para que designasen el suyo, bajo apercibimiento que de no hacerlo se designaría por el Juzgado; y habiendo manifestado aquellos señores carecer de instrucciones para elegir peritos y que renunciaban á su nombramiento, se hizo de oficio por el Juez en D. Juan F. Tourentegui, y se libro exhorto á uno de los Juzgados de la Habana para que se hiciera saber á los representantes de las Compañías aseguradoras, entre ellos á Belfoz y Compañía por La Unión y el Fénix Español, que se estaba procediendo al reconocimiento y liquidación de la avería, para lo cual habían sido nombrados peritos liquidadores, y que dentro de segundo día nombrasen otro que le representara; bajo apercibimiento de tenerles por conformes con los nombrados; lo que les fué notificado en 9 de Abril:

Resultando que los liquidadores Ontaura y Tourentegui presentaron al Juzgado en 6 de Junio la operación de liquidación de averías y distribución de gastos ocasionados con el encallamiento deliberado de la barca *Joaquina*; y después de hacer una relación del viaje, ocasiones del siniestro y actuaciones practicadas, consignaron que si bien atendido á los principios generales sentados en los artículos 935, 936 y 937 del Código de Comercio, teniendo presente los artículos 943 y 944 y la opinión de autores respetables, conceptuaban el caso, en cuanto á la determinación tomada por el Capitán de embarrancar el buque deliberadamente, de avería gruesa, y como el producto de lo salvado no alcanzaba para completar los gastos de salvamento y flete, se concretaban á hacer la liquidación de los gastos ocasionados con motivo del siniestro: que aunque mirado bajo el punto de vista general pudiera estimarse alguno de los gastos originado después de salvado y depositado, había de liquidarse como avería particular de cada cosa salvada; y siendo este caso extraordinario, lógicamente los perjuicios y gastos correspondían al interés común, y opinaron que los gastos debían ser contribuidos por la masa común salvada, tanto de la carga como del buque y el flete, con deducción de éste los sueldos del Capitán y tripulación y según costumbre general se estima en la mitad de su importe, menos los derechos de la Aduana y práctico que cada particular debía satisfacer como gasto particular; para la distribución según determina el art. 955 y preceptúa el segundo inciso del 949 del Código de Comercio, estimaron que la carga y parte del buque salvado habían de contribuir con el valor producido en el remate y el flete con la mitad, pasando después á la distribución y liquidación que comprende va-

rias partidas por gastos de salvamentos, almacenajes, costas y gastos de los expedientes, sueldo del Capitán y extraordinario de la tripulación, derechos de Aduana, practicaje, etc., arroja un total de gastos de 17.837 pesos oro 12 centavos, de los que 15.930 pesos 75 centavos eran gastos comunes; y que por consiguiente correspondía contribuir en la debida proporción las harinas salvadas con 13.648 pesos 15 centavos, los pertrechos del buque con 983 pesos 10 centavos y el flete con 1.299 pesos 50 centavos, con lo que dieron por terminada la liquidación, con arreglo á las leyes, usos y costumbres del país:

Resultando que por auto de 7 de Junio se mandó poner de manifiesto á los interesados la liquidación por término de tres días á los efectos del art. 961 del Código de Comercio, y que se hiciera saber al Promotor fiscal y á Pedemonte y compañía; hechas las notificaciones, contestó el Gerente de ésta que no teniendo ninguna intervención como consignatarios de la barca, nada tenía que ver con la liquidación; y pasados los tres días sin que los interesados presentes ni por la representación de los ausentes se hubiera hecho impugnación alguna, por auto motivado de 12 del repetido mes de Junio de 1881 se aprobó la liquidación y distribución de la avería cuando había lugar en derecho; condenándose á los interesados á estar y pasar por dicha liquidación; cuyo auto fué notificado al Capitán Aralucea, al Promotor fiscal y á Pedemonte y compañía:

Resultando que en 20 de Setiembre de 1881 D. Francisco G. Camino y sobrino demandaron en acto de conciliación á la Compañía de seguros reunidos La Unión y el Fénix Español, representada en Santander por el Subdirector hijo de Porrúa y compañía, y á la Sociedad La Reunión, representada por D. Florentino Gargollo: para que los primeros le pagasen la cantidad de 368.521 rs. 54 y medio céntimos que le correspondía pagar de las 10.000 pesetas que tenía aseguradas del cargamento de harinas de la corbeta *Joaquina* por la avería gruesa que sufrió en las costas de Cárdenas á virtud de encallamiento deliberado según liquidación practicada y aprobada por el Juzgado de Cárdenas, ó en otro caso se presentaran á nombrar árbitros, ya que no lo habían conseguido hasta entonces, y los demandados hijo de Porrúa y compañía se conformaron con el nombramiento de árbitros, reservándose alegar las excepciones que les interesase en el juicio correspondiente; y en su consecuencia en 22 de Noviembre de dicho año de 1881 D. Francisco G. Camino y D. Marcial Camino, como socio de la titulada Francisco G. Camino y sobrino, y los Sres. Hijo de Porrúa y compañía, Subdirectores de la Compañía de seguros reunidos La Unión y El Fénix Español, otorgaron escritura sometiendo á la decisión de árbitros el punto consignado en el referido acto conciliatorio, y designaron al efecto como árbitros los primeros al Licenciado D. Manuel Mazarrasa, la representación de La Unión y el Fénix Español á D. Tomas E. de Aguero; quedando elegido por sorteo como tercero el Licenciado Don José Suárez Quínez:

Resultando que aceptado el cargo por los tres árbitros, acordaron que las partes formulasen sus pretensiones y presentaran los documentos en que las apoyaran, señalándoles para ello el término de 29 días, que fué prorrogado hasta 40; y en su virtud en 18 de Febrero de 1882 por parte de D. Francisco G. Camino y sobrino se presentó demanda pretendiendo se declarase que la Compañía de seguros reunidos La Unión y el Fénix Español, como aseguradora que fué de 100.000 pese-

tas del mayor importe que tenía el cargamento de harinas embarcado en la goleta *Joaquina* con destino á la isla de Cuba, y se perdió por consecuencia del encallamiento voluntario que hizo su Capitán en las costas de Cárdenas, estaba obligado á pagar la cantidad que proporcionalmente le correspondía por averías gruesas de las 246.000 pesetas que importaba todo el cargamento con arreglo á la póliza de su aseguración, y en consecuencia condenar á dicha Compañía y en su representación á los Sres. Hijo de Porrúa y compañía al pago de 368.521 reales 54 y medio céntimos, ó 92.130 pesetas 38 céntimos, más los intereses legales devengados desde el acto conciliatorio y que se devengaren hasta su efectivo pago, que deberían verificar á los demandantes en los 10 días siguientes al en que fuese firme la sentencia, con las costas causadas y que se causaren; para lo cual por resultado de los antecedentes relacionados alegó que si por la condición 14 de la póliza la Compañía tenía derecho para rectificar en Santander toda liquidación que no estuviese hecha con arreglo á las condiciones estipuladas en la póliza y al Código de Comercio, debió reclamarlo y usar de su derecho dentro del término de 10 días de aprobado el arreglo de acciones en que debía pagar la indemnización á la vista de los documentos justificativos que se le pasaron el 6 de Agosto conforme á la misma condición; y no habiéndolo hecho, debía mantenerse la que se practicó y aprobó en Cárdenas, porque tenía fuerza ejecutiva según el art. 961 del Código: que si los aseguradores podían contradecir los hechos en que se apoya la demanda de asegurados, les correspondía su prueba, y esto no podía recaer sobre la clasificación que de las averías se hiciera en lo aprobado por el Tribunal competente, sino sobre la rectificación de su liquidación particular ó de lo que les correspondía, habiéndolo solicitado y probado en su día: que las averías causadas en este siniestro fueron bien clasificadas de gruesas con arreglo al art. 936 del Código de Comercio, en su principio general y en sus particulares incisos 6° y 7° como deliberadamente causadas: que si bien se salvaron algunos efectos del cargamento vendidos en subasta pública, no alcanzando su importe á cubrir los gastos del salvamento, averiguación y prueba, que deben ser abonados por la Compañía aseguradora, según las condiciones 9ª y 11 de su póliza, resultaba haber sido para el asegurado una pérdida total procedente de las averías gruesas, y respondía de ellas la Compañía por la condición especial expresada en su contrato de aseguración, en consonancia con la condición 1ª general: que justificadas cual se hallan las averías y sus gastos de averiguación y prueba, y por su liquidación aprobada estaba demostrado lo que á la Compañía correspondía pagar proporcionalmente con arreglo á lo dispuesto en el art. 867 del Código, y que debió satisfacer á los 10 días de habérsele comunicado los documentos justificativos con el arreglo de averías aprobado, conforme á lo dispuesto en el art. 881 del Código y á las condiciones 14 y 15 de su póliza, y que debía también pagar los intereses legales, ínterin no lo verificasen del capital reclamado, con arreglo á lo prevenido en los artículos 261, 881 y 883 del Código de Comercio y á la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, al menos desde el acto conciliatorio, con las costas á que había dado lugar por su reconocida temeridad y manera de proceder, conforme á lo dispuesto en la ley de Partida:

Resultando que en 18 del precitado mes de Febrero presentó escrito la representación de La Unión y el Fénix Español, solicitando se le ab-

solviera de cualquiera pretensión que se formulase de contrario que no fuese por gastos especiales y legítimos de salvamento particular del cargamento de harinas en la proporción que justamente le correspondiera por su seguro, previa rectificación por dicha Compañía de la liquidación, con imposición de costas á la otra parte; para lo cual expuso, refiriéndose á los antecedentes relacionados, que suponiendo la validez de la escritura de compromiso sin conocer la demandada si la acción que se intentaba ejercitar por los asegurados contra la misma reclamándola 368.521 rs. 54 y medio céntimos á que se refería el acto conciliatorio es por el concepto de abandono, de avería gruesa ó avería simple, no le era posible alegar excepciones más concretas que anulasen por completo tan absurda, infundada é ilegal pretensión: que refiriéndose G. Camino y sobrino en el acto conciliatorio y escritura de compromiso á una liquidación practicada por peritos en el Juzgado de Cárdenas sin intervención de la demandada, no excedía de 13.648 pesos 15 centavos, ó sean 272.963 rs., la cantidad por la que éstos consideraron siquiera erróneamente debían contribuir los aseguradores por gastos y deudas de salvamentos del cargamento de harinas, en la que La Unión y el Fénix Español aseguraron próximamente dos quintos, sin que por lo mismo pudiera presumirse el fundamento de la tan enorme diferencia que le fué reclamado en aquel acto: que era más absurda la reclamación del acto conciliatorio mientras no se expresasen con más claridad G. Camino y sobrino; teniendo en cuenta que apenas excedía de 3.500 duros la totalidad de los gastos y deudas que en su caso correspondieran al salvamento de parte de la carga de la corbeta *Joaquina*, hecha deducción de los que no son legítimos, y que la demandada solamente tendría que contribuir con unas dos quintas partes próximamente de esa suma en proporción á la cantidad por ella asegurada; que cualquiera que fuese el concepto y fundamento por el que se reclame y acción que en su virtud se ejercite, no podía menos de ser improcedente é injusta si no se limitaba á los gastos legítimos puramente del salvamento particular del cargamento del buque náufrago, previa rectificación de la liquidación de la Compañía aseguradora según la condición 14 de la póliza:

Resultando que al contestar los demandantes al escrito de la Compañía demandada reprodujeron los hechos, fundamentos legales y pretensión de la demanda; é impugnando la parte de La Unión y el Fénix Español, las pretensiones de los actores, pidieron que se declarase en primer término que no ha existido avería gruesa, sino un naufragio de la corbeta *Joaquina*, con salvamento; que no es procedente ni admisible el abondono de las harinas aseguradas por dicha Compañía, si esto es lo que en rigor se proponían los aseguradores; y en segundo término que la Compañía demandada sólo es responsable de una parte proporcional en los gastos especiales y legítimos de salvamento de la carga asegurada, ó sea por lanchas, jornales, guardería y otros análogos de las harinas salvadas del naufragio previa rectificación por la Compañía de la liquidación hecha en Cárdenas, rectificación tanto más necesaria y procedente, si, como no es de esperar, acordasen los árbitros que los gastos de salvamento de pertrechos del buque y carga deben reunirse en carga común como lo han hecho los liquidadores; absolviendo en su virtud á la Compañía de la pretensión deducida por G. Camino y sobrino, en todas sus partes; y mandando que en el último caso sea la declaración que últimamente se proponía, se rectificase por

la Compañía la liquidación hecha en Cárdenas, con imposición de costas á G. Camino y sobrinos, y al efecto reprodujo los hechos y fundamentos de derecho de su anterior escrito, adicionando éstos con varias consideraciones deducidas de la doctrina consignada por sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1864, 26 de Abril y 27 de Diciembre de 1871, 24 de Enero de 1872 y 23 de Junio de 1880, artículos 247, 961 y 966, párrafo primero, artículos 736, 970, 943 y 985 del Código de Comercio:

Resultando que recibidos los autos á prueba y practicadas las que las partes propusieron en 8 de Julio de 1882, los árbitros dictaron sentencia declarando que la Compañía de seguros reunidos La Unión y el Fénix Español, como aseguradora que fué por 100.000 pesetas del mayor valor que tenía el cargamento de harinas embarcado en la corbeta *Joaquina* con destino á la isla de Cuba, está obligada á pagar la cantidad que proporcionalmente le corresponde por la avería gruesa que sufrió dicho cargamento en las 246.000 pesetas que importaba la totalidad del seguro; y en su consecuencia condenaron á dicha Compañía, y en su representación á los Sres. Hijo de Porrúa y Compañía, al inmediato pago á D. Francisco G. Camino y sobrino de la cantidad de 92.130 pesetas 38 céntimos é intereses del 6 por 100 sobre esta suma desde el 20 de Setiembre de 1881 en que se celebró el acto conciliatorio hasta el día en que aquel pago tenga lugar, con las costas á la Compañía demandada; y el árbitro D. Tomás C. Agüero emitió voto particular reservado, por el que desestimando la demanda producida por F. G. Camino y sobrino absolvió de ella á la Compañía de seguros reunidos La Unión y el Fénix Español, imponiendo las costas á los primeros:

Resultando que la Compañía demandada interpuso recurso de nulidad y apelación, y remitidos los autos á la Audiencia y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil, por sentencia de 22 de Febrero último, revocando la apelada y absolviendo á la Sociedad La Unión y el Fénix Español de la reclamación deducida contra ella por la titulada D. Francisco G. Camino y sobrino, la condenó á que, previa rectificación por la misma de la liquidación practicada por los peritos, abone á la última la parte proporcional que le corresponde del seguro de 100.000 pesetas en el total valor de las 246.000 del cargamento de la corbeta *Joaquina*, por los 4.700 pesos ó la cantidad que importa lo gastado en el salvamento de las harinas vendidas en Cárdenas, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. Francisco G. Camino y sobrino interpusieron recurso de casación, alegando como motivos:

1° Que la Sala sentenciadora, al absolver á La Unión y el Fénix Español de indemnizar la avería gruesa de la goleta *Joaquina*, considerando que no existió tal avería, ha infringido el art. 936 del Código de Comercio, según el que son averías gruesas ó comunes todos los gastos y daños que se causen deliberadamente para salvar el buque, cargamento ó algunos efectos de éste de un riesgo conocido y efectivo, pues si se reconoce que el riesgo era conocido y efectivo, que se encalló para salvarse y que de ello resultó daños y gastos, debió considerar que hubo avería común y condenar á La Unión y Fénix, aseguradora de tales averías:

2° Que á la infracción del art. 936 del Código de Comercio ha contribuído la inteligencia errónea y aplicación indebida del 943 que cita la sentencia, pues éste como de excepción no puede aplicarse á otro

caso que al para que fué dictado, y nunca debió serlo al de la goleta *Joaquina* que se salvó del riesgo de sumergirse en el mar embarrancando con todo su cargamento; y como la ley es infringida siempre que se hace aplicación de ella á cosa ó caso para los que no fué dictada, resulta también infringido el art. 943 del Código de Comercio:

3° Que también se había infringido la ley del contrato, por que La Unión y el Fénix aseguraron de avería gruesa el cargamento de la *Joaquina*; tal avería gruesa fueron los daños del cargamento y gastos que sobrevinieron del encalle, y á indemnizarlos venía obligada por su contrato la Compañía aseguradora; y la sentencia, sin embargo, la absuelve del pago de la avería y la condena solamente al de salvamento de naufragio:

4° Que la Sala sentenciadora, al absolver á la Compañía aseguradora del pago de avería y condenarla al de salvamento, califica de naufragio, esto es, de avería simple la que de su expediente resulta reputada y aprobada como avería gruesa; y resulta infringido el artículo 445 del Código, en cuanto dispone que la justificación de las pérdidas y gastos que constituya la avería común se hará en el puerto de la descarga, y el 946 que previene que el reconocimiento y liquidación de la avería y su importe se verificará por peritos; que á propuesta de los interesados ó sus representantes, ó bien de oficio, si éstos no lo hiciesen, nombraría el Juzgado de primera instancia del puerto de la descarga, puesto que no sería el Juzgado de Cárdenas sino la Audiencia de Burgos quien hubiera reconocido y liquidado la avería de la goleta *Joquina* de no prosperar el recurso:

5° Que en la cláusula 9ª de la póliza se establece que la calificación y reparto de las averías se hagan como dispone el Código de Comercio, y por la cláusula 14 la aseguradora obligóse á pagar las indemnizaciones á los 10 días de aprobado el reglamento de avería del cargamento asegurado, debió reglarse como se hizo en Cárdenas, y pagarse á los 10 días del en que se dictó el auto aprobando dicho reglamento, pues si bien La Unión y el Fénix se reservó el derecho de ratificar toda liquidación que no estuviese con arreglo á las condiciones estipuladas y al Código de Comercio, tal reserva y rectificación no pudo hacerse sino en los 10 días siguientes al en que se aprobó por el Juzgado de Cárdenas el reglamento de avería; y la sentencia que lejos de declararlo así, falta como si constituyera naufragio, esto es, avería simple, la que del expediente instruído con citación de los representantes de la aseguradora resulta ser avería común, ha cometido además de las infracciones citadas las de las cláusulas 9ª y 14 de la póliza, pue es ley de todo contrato de seguro:

6° Que al desconocer la Sala sentenciadora la fuerza ejecutiva del auto del Juzgado de Cárdenas que aprobó la clasificación, liquidación y reparto de la avería, infringe el art. 861 del Código de Comercio, según el que el reglamento de avería es ejecutivo apenas sobre él recae la aprobación del Juzgado, y la jurisprudencia consignda por este Tribunal Supremo sentencia de 12 de Noviembre de 1872, según la que sustanciada la justificación de la avería hasta la aprobación judicial de la liquidación y designación de la cantidad que á cada interesado correspondía satisfacer con citación de los consignatarios de la Compañía aseguradora lo mismo que con todos los demás interesados y Promotor fiscal, y habiéndose consetido por todos la providencia que terminó esa justificación, no puede después la Compañía oponerse legalmente al cumplimiento de la misma:

7° Que igualmente se ha infringido la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Octubre de 1867, de que las acciones que se fundan en la nulidad de un acto ó documento público y solemne, no pueden ejercitarse útilmente sin que primero se demande ó haya obtenido la declaración de dicha nulidad; y la consignada en sentencias de 17 de Diciembre de 1873 y 6 de Febrero de 1874, de que lo primero que debe pedirse legal y directamente es la declaración de tal nulidad, sin lo cual nada puede decidirse sobre ella en la sentencia; porque para que pudieran prevalecer las excepciones de La Unión y el Fénix sobre la acción de los recurrentes, se necesitaba empezar por pedir la declaración previa de la nulidad del auto ejecutivo del Juzgado de Cárdenas, y ni fué pedida, ni pudo por lo tanto declararla el Tribunal de los árbitros ni la Sala sentenciadora, y en efecto, ni uno ni otra lo han declarado al menos expresamente; y sin embargo hay en este asunto un auto válido y con fuerza ejecutiva y una sentencia que lo contraría sin declararle previamente nulo:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la Sala sentenciadora, apreciando en uso de sus exclusivas facultades los diferentes hechos y elementos probatorios, califica el siniestro marítimo de que se trata de naufragio con salvamento, y como la Compañía aseguradora sólo responde, según la póliza del seguro, de pérdida total y avería gruesa, evidente es que no es aplicable ni se infringe por la sentencia el art. 936 del Código de Comercio, que tiene por objeto definir lo que en general se entiende por avería gruesa, y que si eso no obstante se cita por la Sala, no es para aplicarlo, sino para demostrar que en combinación con el 943 que también se cita, constituyen una excepción de la regla general, que impide dar al hecho el calificativo de avería gruesa, mereciendo sólo el de naufragio, toda vez que la nave llegó náufraga al sitio donde se la hizo encallar, y allí mismo pereció sumergiéndose; y por lo expuesto que al absolver la sentencia de la demanda á la Compañía aseguradora, no infringe los artículos de la ley mercantil ni la del contrato que se citan en los tres primeros motivos del recurso:

Considerando que tampoco infringe la sentencia los artículos 945 y 946 del citado Código invocados en el cuarto motivo, porque refiriéndose á la justificación de las partidas y gastos de la avería gruesa, rechazada por la sentencia esta calificación del siniestro, es inaplicable contra ella la doctrina de los artículos mencionados; además de que el reconocimiento y la liquidación á que el recurrente se contrae es la ordinaria entre el buque y carga, de todo punto distinta de la liquidación entre el asegurador y el asegurado, la cual, sobre estar sujeta á rectificación con arreglo á la póliza, constituye la verdadera materia de este pleito y de la sentencia que lo ha resuelto:

Considerando, por último, en orden á los restantes motivos de casación alegados en los números 5°, 6° y 7° del recurso, que su apreciación no puede menos de estar subordinada á los puntos cardinales explicados, esto es, á la calificación definitiva del siniestro en sentido de naufragio, y la necesidad racional y legal de distinguir la índole de las dos liquidaciones; y siendo esto así, como la argumentación de aquellos motivos parte de premisas ya desestimadas, carecen de razón de ser y de aplicación al caso presente;

Fallamos que debemos declarar y delaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco G. Camino y sobrino, á

quienes condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Burgos con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 29 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1884.)

351

Recurso de casación (30 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera.*—Calificación de quiebra.—Ha lugar al interpuesto por Don Justo Sanchez Uribe con el curador *ad litem* de D. Fulgencio Galián (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

Que lo prescrito en el art. 10 *del Código de Comercio debe regularse con sujeción al mismo mientras otra cosa no se diga; y que es contrario á las reglas de derecho que el falso comerciante haga mejor su condición por medio del fraude, como lo haría si quedase sometido á las leyes comunes, menos favorables á los que con aquél hayan contratado.*

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Noviembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Cartagena y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Justo Sánchez Uribe, comerciante, vecino de Cartagena, en el concepto de Síndico de la quiebra de D. Fulgencio Galián Martínez, de la misma vecindad, con el curador *ad litem* de éste sobre calificación de la quiebra; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Sánchez Uribe en el concepto indicado, y en su defensa y representación por el Licenciado D. José Martínez Agulló y el Procurador D. Juan Antonio Asensio, habiendo sido defendida y representada la parte recurrida por el Licenciado D. Hipólito Calderón Prefumo y el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez:

Resultando que D. Fulgencio Galián Martínez solicitó del Ayuntamiento de Cartagena su inclusión en el padrón de vecinos, y que se le expidiera cédula personal, manifestando al efecto que tenia 25 años, y en 13 de Noviembre de 1879 y 6 de Agosto de 1880 le fueron expedidas cédulas personales, en las que se expresó que era soltero, dedicado al comercio y de 25 y 26 años respectivamente; y se dió de alta en la matrícula de subsidio industrial en 13 de Noviembre de 1879 en el concepto de comerciante de tejidos al por menor:

Resultando que á instancia de D. Antonio Cañedas y D. Eduardo Durán fué declarado D. Fulgencio Galián Martínez en estado de quiebra por auto de 11 de Agosto de 1881, y formada la pieza 5ª, ó sea la relativa á la calificación de la quiebra, manifestaron dos de los Síndicos como conclusión de su exposición que debía calificarse la quiebra de insolvencia fortuita; el tercero que había motivo para calificarla de cuarta clase, según lo dispuesto en el art. 1008 del Código de Comercio, y el Promotor fiscal que debía ser calificada de segunda clase:

Resultando que comunicados los autos á Galián Martinez, solicitó por medio de su curador *ad litem* que incapacitado como se hallaba para ejercer el comercio por falta de aptitud legal, no podia sometérsele al tratamiento del Código de Comercio, ni por consiguiente á las

disposiciones del mismo que rigen la clasificación de las quiebras, y que al efecto se recibiese el pleito á prueba:

Resultando que durante este trámite se trajo á los autos á instancia de uno de los Síndicos una certificación en que se hace constar los particulares referidos al principio, y además de otros medios de prueba se unió á los autos, á instancia de la misma parte, testimonio de una escritura otorgada en Cartagena en 26 de Marzo de 1881, por la que don Fulgencio Galián Martínez, de 26 años de edad, comerciante recibió en calidad de depósito de D. Juan Hernández la cantidad de 6.000 pesetas, y una certificación de la inscripción en el Registro civil del matrimonio de D. Fulgencio Galián Martínez con Doña Inés Lerma, que tuvo lugar en 28 de Junio de 1880, en cuya fecha tenía aquel 21 años:

Resultando que á instancia de Galián Martínez se expidió certificación por el Secretario de gobierno del Juzgado de Cartagena, haciendo constar que en los libros de Secretaría y Escribanía no resultaba antecedente alguno respecto á la habilitación del menor Galián Martínez para administrar sus bienes, ni respecto á dispensa de edad por gracia al sacar, ni en otra forma, no constando tampoco si estaba inscrito como comerciante por no existir libro en el Juzgado, en cuyo mismo sentido certificaron los demás Escribanos, y los Notarios de la misma ciudad dieron testimonio de que desde 1879 no aparecía en sus Notarías respectivas instrumento público alguno por el que el menor don Fulgencio Galián Martínez hubiese hecho renuncia del beneficio de la restitución *in integrum,* obligándose bajo juramento á no reclamarlo; y por último, se unió á los autos la partida de bautismo de Galián Martínez, de la que resulta que nació el día 2 de Octubre de 1858:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete dictó sentencia confirmatoria en 12 de Enero último declarando no haber lugar á hacer la clasificación de la quiebra por hallarse el menor D. Fulgencio Galián Martínez incapacitado para ejercer el comercio, y no poder por lo tanto sometérsele á las disposiciones del Código que rigen sobre la calificación de quiebras:

Resultando que, previo depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes, dedujo D. Justo Sánchez Uribe, en el concepto de Síndico de la quiebra de Galián Martínez, recurso de casación, citando en su apoyo como infringidos:

1° El art. 1°, párrafo segundo del Código de Comercio reformado en relación con el principio inconcuso de que donde existe la misma razón de ley se entiende que hay la misma disposición, porque las faltas no pueden traducirse en provecho ni exculpación del que las comete, ni el Código dispensa de las obligaciones impuestas á los comerciantes, á los que al ejercer el comercio no cumplen cuanto el mismo Código establece; y siendo, no un derecho, sino una imposición para el comerciante el procedimiento de quiebra con arreglo al art. 1318 de la ley de Enjuiciamiento civil, no puede sustraerse Galián Martínez á tal procedimiento, porque de lo contrario sus faltas vendrían en favor suyo;

Y 2° El art. 10 del mismo Código de Comercio, puesto que ocultando Galián Martínez su incapacidad mediante el hecho de haberse inscrito en la matrícula de comercio, y no siendo notoria aquella incapacidad, porque cumplidos los 20 años, el Código atribuye capacidad para este fin á tal edad, si bien con ciertas condiciones, cuya falta es la que produce la incapacidad de Galián, sin que fuese notoria, quedó obligado en favor de los que con él contrataron, y sujeto, por lo tanto,

al procedimiento de quiebra, que es una de esas obligaciones ó consecuencia de ellas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia infringe el art. 10 citado en el segundo motivo, que al declarar obligado al incapaz encubierto, declara á la vez implícitamente que está sometido á las disposiciones del Código de Comercio, ya porque lo que en éste se prescribe debe regularse con sujeción al mismo mientras otra cosa no se diga, y ya porque es contrario á las reglas de derecho que el falso comerciante haga mejor su condición por medio del fraude, como lo haría si quedase sometido á las leyes comunes, menos favorables á los que con aquél hayan contratado;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Justo Sánchez Uribe en el concepto en que litiga, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 12 de Enero último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete; y devuélvasele el depósito de 1.000 pesetas que tiene constituído.—(Sentencia publicada el 30 de Noviembre de 1883, é inserta en a *Gaceta* de 26 de Enero de 1884.)

352

Recurso de casación (30 *de Noviembre de* 1883).—*Sala primera*.—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por D. Angel Anchisí y D. Domingo Busquets, con D. José Bruguera y el Ministerio fiscal (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la existencia y el valor de signos exteriores son de apreciación del juzgador, á la que hay que atenerse si contra ella no se expone infracción de ninguna clase.

En la villa y corte de Madrid, á 30 de Noviembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Arenys de Mar y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. José Bruguera, alfarero, vecino de dicha villa de Arenys, con D. Angel Anchisí y D. Domingo Busquets, propietarios, de la misma vecindad, y el Ministerio fiscal sobre defensa por pobre; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de Anchisí y Busquets por el Procurador D. Francisco Bartual, bajo la dirección del Licenciado D. Enrique Talay, habiendo representado y defendido á Bruguera el Procurador D. Juan Ayras y el Licenciado Don Rosendo Macaya:

Resultando que en 15 de Marzo de 1882, D. José Bruguera dedujo demanda pretendiendo se le declarase pobre para litigar con D. Angel Anchisí y D. Domingo Busquets sobre cumplimiento de una escritura de una Sociedad existente entre los tres, y al efecto expuso que desde 26 de Noviembre anterior en que quedó parada la fábrica de baldosas objeto de la sociedad del mismo con Busquets y Anchisí y en suspenso el estipendio mensual que el demandante percibía de la misma como socio industrial, vivía sólo de salario ó jornal eventual, no teniéndolo permanente, ni sueldo, rentas ni propiedad, ni ejercer industria ni dedicarse al comercio, viviendo sólo de prestado; y acompañó una certi-

ficación del Ayuntamiento expresiva de que no había pagado contribución por ningún concepto en el año económico corriente ni en el anterior, y que no se hallaba inscrito en las listas electorales:

Resultando que conferido traslado á D. Domingo Busquets y Don Angel Anchisí le evacuaron, oponiéndose á la solicitud de pobreza deducida por Bruguera, para lo que alegaron, que fabricante éste de cerámica, baldosas y alfarero, formaba parte y encabezaba con su nombre la razón social de *Bruguera, Busquets y Anchisí* establecida para la fabricación de baldosa, mosáico incrustado según así resultaba de la escritura que acompañaban otorgada en 11 de Mayo de 1880, cuya Sociedad se dió de alta en la matrícula de contribución en 26 de Enero de 1881, imponiéndole la cuota anual de 349 pesetas 80 céntimos, como se comprobaba por la certificación que igualmente acompañaban librada por la Secretaría del Ayuntamiento; que por la escritura de sociedad citada, constaban tener asignado el Bruguera un sueldo diario de 5 pesetas, y que habitaba en una casa por la que paga de alquiler anual 228 pesetas:

Resultando que oído el Promotor fiscal, se recibió el pleito á prueba, y practicadas las propuestas por las partes por medio de posiciones, documentos y testigos, el Juez de primera instancia dictó sentencia, declarando pobre á D. José Bruguera para litigar con D. Angel Anchisí y D. Domingo Busquets, y con opción á los beneficios que la ley concede á los declarados tales:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 9 de Diciembre de 1882, por parte de D. Angel Anchisí y D. Domingo Busquets se interpuso recurso de casación, por conceptuar infringidos:

1° El art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que sólo podrán ser declarados pobres los que se hallen comprendidos en algunos de los casos que en el mismo taxativamente se enumeran, puesto que Bruguera no lo está, porque tiene asignado un sueldo de 5 pesetas diarias, y por otra parte él sólo se dedica á una industria, por la que se paga una cuota de contribución que excede á la que debería pagar, siendo vecino de Arenys de Mar, para que mereciera la deseada calificación:

2° La ley 114, tít. 18, Partida 3ª, porque la Sala sentenciadora no da valor alguno á la escritura pública que obra en autos, en la que consta que Bruguera, como socio industrial de la de Bruguera, Anchisí y Busquets, percibe un sueldo permanente de 5 pesetas diarias, en la que además tiene asignada la tercera parte de las utilidades:

3° El art. 17 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que no se otorgará la defensa por pobre á los comprendidos en cualquiera de los casos expresados en el art. 15, cuando á juicio del Juez se infiera del número de criados que tenga á su servicio; del alquiler de la casa que habiten, y de otros cualesquiera signos exteriores que tiene medios superiores al jornal doble de un bracero en cada localidad, porque como de autos consta Bruguera habita en Arenys de Mar una casa por la que paga de alquiler 228 pesetas anuales, que viste bien, que frecuenta los cafés y sitios públicos, y que se permite otros gastos de puro lujo, con lo que da lugar á que por todo el mundo esté considerado como persona desahogada:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que cualesquiera que sean las condicionse de admisi-

bilidad del recurso, no se infringen por el fallo las disposiciones legales citadas en los motivos 1° y 2°, porque confundiéndose en ellos el tiempo presente con el pasado, se atribuye al Bruguera la situación que tenía cuando funcionaba la Sociedad y percibía los emolumentos que le estaban asignados como socio industrial:

Considerando que tampoco infringe el artículo citado en el motivo 3°, porque la existencia y el valor de signos exteriores son de apreciación del juzgador, y contra ella no se expone infracción de ninguna clase;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por D. Angel Anchisí y D. Domingo Busquets, á los que condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad que depositaron, que se distribuirá en la forma prevenida por la ley; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 30 de Noviembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Enero de 1884.)

353

Recurso de casación (1° *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO Y DE MEJOR DERECHO.—Ha lugar en parte al interpuesto por Doña Julita Merás con los herederos de D. Pedro Suárez (Audiencia de Oviedo), y se resuelve:

1° *Que los coherederos son verdaderos dueños, y pueden por tal concepto oponer á un ejecutante la demanda de tercería de dominio, sin que la falta de división se oponga á la existencia de esa propiedad común, que lo mismo puede ser defendida de la persecución de una persona extraña antes que después de partirse;*

Y 2° Que subsiste la hipoteca tácita á favor de la dote mientras por voluntad de las partes ó la del obligado no se sustituya por otra especial.

En la villa y corte de Madrid, á 1° de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Luarca y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo por Doña Julita Merás é Ibarzábal, representada por el Procurador D. Eustaquio Manuel Mejía y defendida por el Licenciado D. Eduardo Cobián, con los herederos y sucesores de D. Pedro Suárez Castiello, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, y D. Ambrosio Loza, que tampoco ha comparecido, sobre tercería de dominio y de mejor derecho:

Resultando que concertado el matrimonio de D. Ambrosio Loza con Doña Julita Merás, el padre de ésta D. Vicente en documento privado de 5 de Febrero de 1846, prometió en dote á su hija 40.000 rs. en dinero ó en bienes y todas las ropas, adornos y alhajas de su uso, obligándose á mantener á los consortes por espacio de dos años, hasta que fijasen su residencia ó estableciesen Sociedad para continuar viviendo juntos; y contraído el matrimonio se otorgó escritura en la villa de Luarca á 4 de Diciembre de 1848, en la que consignando que D. Vicente había mantenido en su casa y compañía á su hija y yerno, y que

no se acomodaban á vivir en ese estado, D. Vicente les pagaba el dote prometido en las fincas y rentas de que hizo mérito, que sumaban 12.014 rs. en los muebles y ropas que especificó con su respectivo valor, y en los géneros, pesos y medidas de una tienda, ascendiendo todo á 39.592 rs., obligándose á entregar en metálico el resto hasta los 40.000 ofrecidos; de todos cuyos bienes se dieron por entregados Don Ambrosio y su mujer, por haberlos recibido en efecto de su padre y suegro, el cual les entregaba en el acto en señal de posesión las escrituras y títulos de adquisición de los bienes y los apuntes de las obligaciones de deudas activas, declarando en cuanto á éstas que habiéndolos calculado en consideración al trabajo que su cobranza había de producir, como también á que muchas serían fallidas, pasarían respectivamente por el resultado que produjeran, sin poder reclamar cosa alguna:

Resultando que instruída causa contra D. Vicente Merás, á quien con tal motivo se le embargaron diferentes bienes, solicitó D. Ambrosio Loza, como marido de Doña Julita Merás, que se le diese posesión de los comprendidos en la escritura de dote de la misma, entregándosele los que de ellos se hubiesen embargado en la causa contra D. Vicente, y por auto revocatorio de la Audiencia de Oviedo de 5 de Setiembre de 1849 se mandó dar á D. Ambrosio Loza la posesión que había solicitado de los bienes comprendidos en la escritura de 4 de Diciembre de 1848, y que no se hallaren embargados con anterioridad á su presentación para aquel objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera alcanzarles á su tiempo en virtud de providencias ulteriores, habiéndosele dado en efecto posesión en 20 de Setiembre de todos los géneros, efectos y libros que se encontraron en la casa de D. Ambrosio de Loza á voz y nombre de los demás bienes contenidos en la escritura de 4 de Diciembre del año anterior:

Resultando que por escritura de 13 de Julio de 1868 D. Pedro Suárez Castiello dió en préstamo á D. Ambrosio Loza la cantidad de 20.000 reales por término de dos años é interés de un 7 por 100, con hipoteca de la huerta llamada de la Cerca, el prado nombrado de la Cueva y una casa y huerta en el lugar de Almuña:

Resultando que Doña Margarita Ibarzábal, viuda de D. Vicente Merás, vendió por escritura de 5 de Marzo de 1875 á su hija Doña Julita Merás en precio de 3.375 pesetas que dijo tener recibidas, el prado de la Carril, una casa, un hórreo contiguo con su huerta, una huerta á la parte de abajo, la tierra de las Gruevas, el prado de la Fuente, el monte de la Canal, el de las Llamas, el prado del Refuelle y el monte de la Escuela ó Carril, venta que aceptó Doña Julita por sí y en nombre de su esposo, de quien tenía poder, y presentada esta escritura en el Registro de la propiedad fué devuelta por no constar las facultades que decía la adquirente tener de su marido para aceptar el contrato:

Resultando que Doña Margarita Ibarzábal falleció en 23 de Mayo de 1875, hallándose viuda de D. Vicente Merás, de cuyo matrimonio tuvieron por hijos á D. Félix, D. Venancio y Doña Julita, los dos primeros difuntos, habiendo tenido también en primeras nupcias con Don Juan Aspe otro hijo llamado Juan, cuyo paradero se ignoraba:

Resultando que condenado por ejecutoria D. Ambrosio Loza á pagar á D. Pedro Suárez Castiello la cantidad de 5.645 pesetas 50 céntimos, importe de la cantidad prestada y sus intereses, fueron embargadas á Loza las fincas hipotecadas, y además una casa con su huerta en

el lugar del Pontigón, otra huerta á la parte de abajo de la casa, las tierras de las Gruevas, el prado de la Fuente, el monte de la Canal, el de las Llamas, el prado del Refuelle, el monte de la Escuela ó Carril, el prado secano, donde decían la Carril, y una casa, habiendo sido tasadas las fincas hipotecadas en 9.126 pesetas, ascendiendo con todas las demás embargadas á 19.956 pesetas; y señalado para el remate el día 30 de Noviembre de 1881, se adjudicó á los ejecutantes la huerta de la Cerca y el prado de las Cuevas por las dos terceras partes de su tasación:

Resultando que en el mismo día 30 de Noviembre de 1881 Doña Julita Merás dedujo demanda de tercería de dominio y de mejor derecho, que fundó en que las fincas, casa y prado del Carril habían sido donados á la demandante y á su hermana Doña Eusebia, por escritura de 17 de Julio de 1839, por Doña María Pericón; que el caserío del Pontigón le pertenecía asimismo como procedente de su difunta madre Doña Margarita Ibarzábal, á nombre de la cual estaba inscrito en el Registro de la propiedad, lo mismo que en los amillaramientos para el pago de la contribución, y de quien era heredera en unión de su hermano ausente, y que la ley de Partida da preferencia á la mujer por su dote sobre todos los acreedores de su marido, aunque sean hipotecarios, si sus hipotecas no eran anteriores al matrimonio; y la hipoteca legal tácita en garantía de la dote afectaba á todos los bienes del marido, cualesquiera que fuera su procedencia y la fecha de su adquisición; que tal derecho no estaba destruído ni modificado por la nueva legislación hipotecaria en perjuicio de la demandante, que no había consentido en la extinción, reducción ó postergación de su hipoteca general tácita; que los bienes de la mujer no quedaban obligados á la satisfacción de las deudas del marido ó mancomunadamente con aquélla, á no ser que en este caso se hubieran convertido en su provecho, de donde se inferían que los parafernales de que se había hecho mérito no habían debido embargarse, procediendo por tanto su exclusión:

Resultando que los herederos de D. Pedro Fernández Castiello reconocieron al contestar á la demanda que la casa y prado del Carril no eran de la pertenencia del ejecutado, y que por ello prescindieron de dichas fincas en el remate, é impugnando dicha demanda en cuanto á lo demás, alegaron que los bienes del Pontigón eran gananciales como adquiridos durante el matrimonio, por escritura de venta otorgada por Doña Margarita Ibarzábal á favor de su hija; además de que no era bastante haber obtenido la posesión de una herencia para considerarse dueño de los bienes en que consistiera, no adquiriéndose el verdadero dominio hasta que se realizara la división; que la escritura dotal acreditaba en bienes raíces 12.014 rs. y ninguno de ellos había sido de los embargados; que se reclamaban además 40.000 rs., y de la carta de dote no resultaban más que 39.592, de lo cual surgía la excepción de plus petición, y además la de defecto legal en el modo de proponer la demanda, de la cual pidieron se les absolviera con expresa condenación de costas:

Resultando que D. Ambrosio Loza la impugnó también por no existir ejecución legítima ni deuda, y que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo en 2 de Junio del corriente año 1883 sentencia confirmatoria declarando de propiedad de Doña Julita Merás la casa y prado de la Carril que se excluirían del embargo, pagándola asimismo

preferentemente del producto de los bienes embargados que no se hallasen hipotecados especialmente al crédito por que se ejecutaba á Don Ambrosio Loza los 12.014 rs. á que ascendía el valor dado á los inmuebles que éste recibió en pago de la dote de su mujer, absolviendo á los demandados de las demás reclamaciones comprendidas en la demanda:

Resultando que Doña Julita Merás interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 10, tít. 5°, Partida 3ª, que faculta á los que fuesen herederos ó aparceros de una misma heredad, ó de otra cosa que les pertenezca comunalmente, para reclamar á un extraño la porción común, toda vez que probado plenamente y tácitamente reconocido por la sentencia que los bienes del caserío del Pontigón embargados á D. Ambrosio Loza no pertenecían á éste, sino á los herederos de Doña Margarita Ibarzábal, uno de los cuales era la recurrente, la negaba sin embargo el derecho de reivindicarlo bajo el fundamenao de no haber adquirido el dominio de aquéllos mientras no se verificaba la división en contra de lo prescrito en la ley 55, tít. 5°, Partida 5ª, también infringida, que autoriza á cualquiera de los comuneros para disponer de parte no determinada, aun cuando la cosa no sea partida:

2° La ley 10, tít. 33, Partida 7ª, que declara que aquel á quien es defendido de no enajenar la cosa, no la puede vender, cambiar ni empeñar, ni sujetar á gravamen alguno; y el principio contenido en la regla 13, tít. 34 de la misma Partida, de que cosa que es nuestra no puede pasar á otro sin nuestra palabra ó sin nuestro hecho, porque probado plenamente que Loza no tenía dominio alguno sobre las fincas del Pontigón, no podía el ejecutante perseguirlas por consecuencia de responsabilidades contraídas por aquél con independencia de su mujer y su hermano, reconocidos tácitamente por la sentencia como únicos dueños de dichos bienes por herencia de su madre:

3° La ley 61 de Toro, tít. 10 de la Novísima Recopilación, que dispone que los bienes de la mujer no quedan obligados á la satisfacción de las deudas contraídas exclusivamente por el marido ó mancomunadamente con aquélla, á no ser que en este caso se hayan convertido en su provecho, pues siendo las fincas del Pontigón de propiedad de Doña Julita Merás, se habían embargado indebidamente para responder de la deuda de su marido:

4° Las leyes 23 y 33, tít. 13, Partida 5ª, que establecen la hipoteca de los bienes del marido en favor de la dote que recibió de su mujer, y el privilegio de ésta para ser reintegrada con preferencia á los acreedores del marido que no tengan hipoteca especial anterior, toda vez que probado por la escritura de 4 de Diciembre de 1848 de constitución de dote, las diligencias de posesión judicial que se dió al marido de los bienes y efectos comprendidos en aquélla, y la escritura de préstamo de 13 de Julio de 1868, que la entrega de dicho dote era anterior en más de 20 años á la obligación contraída á favor de D. Pedro Suárez Castiello, y sin embargo de lo dispuesto en los artículos 354 y 355 de la ley Hipotecaria, también infringidos, que reconocen la subsistencia de las antiguas hipotecas cuando la mujer no ha consentido en la extinción reducción, subrrogación ó postergación de las mismas, y no constando que Doña Julita Merás hubiera renunciado en todo ni en parte á los derechos que en tal concepto le otorgaba la ley, se ordenaba en la sentencia que se pagasen los 12.014 rs. á que ascendía el valor de los inmuebles, únicos que estimaba entregados á D. Ambrosio,

del producto de los bienes embargados no hipotecados especialmente:

5°. La jurisprudencia establecida por las sentencias de este Supremo Tribunal, entre otras, la de 28 de Febrero de 1879, que declara que el señorío de las cosas hereditarias no divididas, pertenece en común á los coherederos, en lo cual se funda la sentencia de 18 de Noviembre de 1858 para declarar que cuando uno de ellos posee representa á todos los demás; toda vez que resultaba justificado por pruebas congruentes é indestructibles que los bienes del Portigón pertenecían en absoluta propiedad á Doña Margarita Ibarzábal, que de ésta era hija y uno de sus herederos la demandante que había estado en posesión de ellos hasta que fueron embargados, y que aun cuando tenía un hermano cuyo paradero se ignoraba, tenía título bastante para incoar la sentencia de dominio de los mismos:

6° La doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, según la que la sucesión hereditaria es uno de los títulos de traslación de dominio que establece el derecho: la consignada por este Tribunal Supremo en sentencias de 27 de Setiembre de 1867 y 13 de Octubre de 1870 de que la muerte es el único y exclusivo regulador de los derechos de sucesión, y que desde el momento que ocurre la muerte el que es heredero por ministerio de la ley adquiere el derecho á la propiedad de los bienes del difunto, el cual puede trasmitir á sus herederos; y la consignada también por este Supremo Tribunal en sentencias de 26 de Mayo de 1857 y 31 de Marzo de 1879 de que la dote confesada perjudica á tercero, á no ser que haya motivo fundado para creer que la confesión se hizo en fraude de terceros interesados, puesto que aun en el caso de que efectivamente los bienes inmuebles que constituían la dote aportada por Doña Julita Merás fueron los únicos que aparecían con el carácter de entregados á su marido D. Ambrosio Loza, y que éste respecto á los demás confesara haberlos recibido, la circunstancia de haberse otorgado la escritura de reconocimiento de dote en el año de 1848, es decir 30 años antes del embargo y 20 antes de la fecha del crédito contraído por Loza á favor de Suárez Castiello, excluía por completo la posibilidad de todo propósito fraudulento:

7° Y por último alegó que la sentencia contenía inexactitud en sus fundamentos y errores de hecho resultantes de documentos auténticos, puesto que se consignaba en ella que en la escritura de 4 de Diciembre de 1848 no sólo no daba fe el Escribano de la entrega de los bienes consignados para pago de la dote, sino que la dotada y su marido confesaban tenerlos ya recibidos, siendo así que por las diligencias del año 1849 que la sentencia no apreciaba, aparecía que se dió á Loza posesión judicial de todos los bienes y efectos comprendidos en la expresada escritura:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia infringe las leyes y doctrina invocadas respecto de los bienes del Pontigón, porque los coherederos son verdaderos dueños, y pueden por tal concepto oponer á un ejecutante la demanda de tercería de dominio, como lo hizo la recurrente, á quien se reconoce heredera con sus hermanos de aquellos bienes, y poseedora de los mismos como procedente de su difunta madre, sin que la falta de división se oponga á la existencia de esa propiedad común, que lo mismo puede ser defendida de la persecución de una persona extraña antes que después de partirse:

Considerando que también infringe las leyes invocadas en el cuarto

motivo en orden á la tercería de preferencia, porque desconoce que subsiste la hipoteca tácita á favor de la dote mientras por voluntad de las partes ó la del obligado no se sustituya por otra especial:

Considerando, por último, que infringe la doctrina invocada sobre confesión y realidad de una parte de la dote de 39.592 reales, y que respecto de este punto incurre en error de hecho resultante de documentos auténticos, como se expone en los motivos 6° y 7°, ya porque la escritura de 4 de Diciembre de 1848 no sólo demuestra la entrega de inmuebles, sino también la de títulos de créditos de que dió fe el Escribano autorizante, y ya porque en el año siguiente de 1849 se confirió al marido de la recurrente posesión judicial de todos los bienes expresados en aquel documento, sin que exista relación alguna de fraude entre tan antigua dote, muy anterior á la ley Hipotecaria, y la deuda contraída en 1868, que ha motivado la ejecución y la tercería consiguiente á ésta;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Julita Merás é Ibarzábal; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 2 de Junio del corriente año dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Oviedo, en cuanto por ella se manda pagar preferentemente á la demandante del producto de los bienes embargados que no se hallen hipotecados especialmente al seguro del crédito por que se ejecuta á D. Ambrosio Loza los 12.011 reales á que asciende el valor dado á los inmuebles que éste recibió en pago de la dote de su mujer, y se absuelve á los demandados de las demás reclamaciones que comprende la demanda.—(Sentencia publicada el 1° de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Enero de 1884.)

354

Recurso de casación (6 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.—PAGO DE CANTIDAD.—No ha lugar al interpuesto por D. José Martínez Huidobro con D. Francisco de la Peña Huidobro (Audiencia de Búrgos), y se resuelve:

1° *Que no infringe el principio* pacta sunt servanda, *ley* 1ª, *tít* 1°, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación y la* 114, *tít.* 18 *de la Partida* 3ª, *la sentencia que no desconoce la autoridad de una escritura, sino que por no haber intervenido en ella la representación del demandante niega á dicho instrumento público eficacia legal para legitimar la acción deducida por él, entre el cual y el demandado no existe vínculo alguno de derecho en razón de lo estipulado por éste y su hermano:*

2° *Que por la misma razón no son de estimar los motivos en que se alegan como infringidos la ley* 15, *tít.* 14 *de la Partida* 5ª; *la* 11, *título* 12 *de la misma Partida; la ley* 119, *tít* 18 *de la Partida* 3ª, *y la doctrina según las cuales el instrumento privado reconocido por la parte á quien se opone hace fe en juicio contra el que lo suscribió, sus herederos y causahabientes, mas no debe perjudicar á un tercero que ninguna intervención tuvo en el mismo: y que si bien todo documento privado escrito por el mismo que en él se obliga con intervención de testigos tiene fuerza legal, ésta no puede ser aplicable al caso en que el que*

lo firme resulte en él favorecido; cuyo razonamiento, á más de referirse á los considerandos del fallo, lo que no puede servir de fundamento legal para la casación según tiene declarado reiteradamente el Tribunal, descansa en el equivocado concepto de que en virtud del contrato celebrado entre el demandado y su hermano, adquirió el demandante el derecho que pretende hacer valer, sin embargo de haber sido extraño á aquella convención;

Y 3° *Que es improcedente el motivo que se refiere á la prueba testifical, contra cuya apreciación hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus atribuciones, no se demuestra ni alega en la forma prescrita en el número* 7° *del art.* 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil que se haya cometido error de hecho.*

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Diciembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Sedano y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por D. José Martínez Huidobro, vecino de Sedano, labrador, con D. Francisco de la Peña Huidobro, de la misma vecindad, propietario, sobre cumplimiento de un convenio y pago de cantidades; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto á nombre de D. José Martínez Huidobro por el Procurador D. Felipe Cano, bajo la dirección del Licenciado D. Agustín de Soto, habiendo representado y defendido á D. Francisco de la Peña Huidobro el Procurador D. Julian Muñoz y Miguel, y el Licenciado D. Carlos Alvarez:

Resultando que D. José de la Peña Huidobro tomó á préstamo en el año 1863 de la Caja de Ahorros establecida en la ciudad de Burgos la cantidad de 500 pesetas, obligándose á su devolución, y subsidiariamente en el concepto de fiador D. José Martínez Huidobro, y trascurrido el plazo estipulado para la devolución del capital sin que lo hubiese satisfecho íntegramente el deudor principal, á pesar de haberse procedido ejecutivamente contra sus bienes, la Sociedad acreedora pidió y obtuvo ejecución contra el D. José Martínez Huidobro, que se hizo efectiva en bienes de su pertenencia por cantidad de 1.126 pesetas 75 céntimos á que en Abril de 1875 ascendía el crédito, intereses y costas:

Resultando que por escritura otorgada en la ciudad de Burgos en 22 de Diciembre de 1867, D. José y D. Francisco de la Peña liquidaron las cuentas pendientes entre los mismos, resultando ser el primero deudor del segundo de la cantidad de 1.557 escudos 500 milésimas, por los conceptos que expresan cargándose el D. Francisco con la deuda que su hermano D. José tenía con la Caja de Ahorros de Burgos por 240 escudos, y en su virtud el D. José de la Peña otorgó que se reconocía deudor de los 1.557 escudos 500 milésimas en favor de su hermano el D. Francisco, y se comprometía á pagarles con el 7 por 100 anual de rédito cuando se le reclamase, y á garantir la deuda é interés con hipoteca suficiente, y el acreedor aceptó lo expuesto, tomando sobre sí la deuda mencionada de la Caja de Ahorros; y por contrato privado de 4 de Setiembre de 1868, los hermanos D. José y D. Francisco de la Peña convinieron en reformar tan solo por lo que respecta á la deuda de la Caja de Ahorros de Burgos, la escritura de 22 de Diciembre de 1867, volviendo á quedar la cuenta del D. José, el pago de 2.000 y pico de reales ó lo que fuese, en favor de la Caja de Ahorros y en descargo de la ajustada con dicho su hermano, y por consiguiente reducida ésta en el día á 11.263 rs. con su interés del 7 por 100 desde el 3 de Marzo:

Resultando que en 25 de Febrero de 1882 D. José Martínez Huido-

bro dedujo demanda exponiendo, después de hacer méritos de los antecedentes relacionados, que sabiendo particularmente el fiador Martínez que la deuda de la Caja de Ahorros la había tomado sobre sí, Don Francisco de la Peña, hermano del primitivo deudor, acudió amistosamente á éste para que le solventara, puesto que á ello se había comprometido, librándole de la obligación que le exigía ejecutivamente la Caja de Ahorros, á cuya petición respondió el D. Francisco dándole seguridades de que con él ni contra él nada iría en este negocio, y en la confianza que le inspiraban tales promesas, constantemente repetidas por el D. Francisco, nada gestionó para oponerse á la ejecución que contra sus bienes se tramitaba; y así pasó el tiempo hasta que se dictó sentencia de remate, que le fué notificada, viéndose entonces en la precisión de recordar á D. Francisco sus compromisos, el cual le contestó en términos evasivos; y después de alegar varios fundamentos de derecho y ejercitando la acción personal, pidió se declarase que Don Francisco de la Peña se hallaba obligado al cumplimiento del contrato estipulado en la escritura de 22 de Diciembre de 1867 y del pacto en que verbalmente prometió al demandante su cumplimiento, condenándole al pago de 2.500 pesetas á que debería probablemente elevarse el principal y réditos que se adeudaban á la Caja de Ahorros de Burgos o costas causadas en el juicio ejecutivo seguido para su exacción, pagy que debería hacer á dicha Sociedad ó al fiador D. José Martínez si éste la hubiere ya satisfecho á la terminación del litigio, con más los intereses que sobreviniesen, costas que se causasen en el ejecutivo hasta el completo pago, perjuicios originados al demandante y costas del pleito:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Francisco de la Peña, al evacuarle pidió que se le absolviese de ella, imponiendo al demandante D. José Martínez perpetuo silencio y los costas del juicio, para lo cual expuso, que á consecuencia de encontrarse D. José de la Peña, hermano del demandado, bajo la amenaza de diversas ejecuciones, éste se vió en la necesidad de practicar con él la liquidación de cuenta que aparece de la escritura de 22 de Diciembre de 1867, en la cual para nada intervino el demandante, ni siquiera se hizo mérito de su nombre; que por el contrato privado otorgado en papel sellado correspondiente en 4 de Setiembre de 1868, D. José y D. Francisco de la Peña convinieron de mutua conformidad en que quedase sin efecto el contrato de 22 de Diciembre de 1867 en la parte relativa á haberse cargado D. Francisco con la deuda que D. José tenía con la Caja de Ahorros; y en su virtud, dicho D. José se obligó á que desde entonces en adelante quedase de su cuenta el pago de dicha suma de 2.400 rs. ó lo que fuese en favor de la citada Caja de Ahorros, quedando en consecuencia reducida la cuenta con dicho su hermano D. Francisco á 11.263 rs.; que á este contrato tampoco asistió D José Martínez, y por parte del demandado había trascurrido mucho tiempo sin tener siquiera noticia de que Martínez se hubiese constituído fiador de D. José Peña en la deuda de éste á favor de la Caja de Ahorros; que el capital se sacó de la Caja el 19 de Diciembre de 1863, y fué por cantidad de 2.000 rs. al 6 por 100 anual de interés; y suponiendo que no se hubiese satisfecho cantidad alguna en los 18 años trascurridos desde entonces, resultará que los réditos eran otros 2.165 rs., ó sean en junto 1.041 pesetas 25 céntimos, suma que aun agregando las costas del ejecutivo incoado por la Caja, resultaba bastante inferior al que caprichosamente y sin

base alguna reclamaba el demandante; que negaba en absoluto y completamente que D. José Martínez haya recibido seguridades algunas de D. Francisco Peña, sin que éste le hubiese prometido en ningún tiempo que le libraría de la fianza, siendo por el contrario un hecho público que entre el demandante y demandado no existía confianza alguna, antes antipatía marcada y enemistad manifiesta que Martínez había manifestado en más de una ocasión por actos privados y públicos:

Resultando que al replicar el actor, reprodujo los hechos de la demanda, entendiéndose respecto á la cantidad á que se hizo ascender el objeto del pleito, que sólo se fijó aproximadamente por la imposibilidad material de fijarla definitivamente, toda vez que no estando terminado el juicio ejecutivo, cuyas costas se reclamaban, no era posible liquidarlas en la actualidad, sometiéndose á la que en su día se hiciese con arreglo á las bases mencionadas en la demanda; y el demandado al duplicar reprodujo las alegaciones y pretensión de su contestación:

Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas por las partes; y seguido el juicio por dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, por sentencia de 2 de Marzo último, revocatoria de la del Juez, absolvió de la demanda á D. Francisco de la Peña, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. José Martínez Huidobro interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1° Que al considerar y decidir la Sala sentenciadora que la escritura de 22 de Diciembre de 1867, en virtud de la cual D. Francisco de la Peña se obligó con su hermano D. José á responder á la Caja de Ahorros de Burgos de la cantidad de 240 escudos que el último debia á la misma, no tenía valor alguno legal en el pleito, infringe esa misma escritura el principio *pacta sunt servanda*, la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación; la 114, tít. 18 de la Partida 3ª y la doctrina conforme con esas leyes, establecida en sentencia de 8 de Marzo de 1865 y otras muchas; infracciones que se evidencian recordando que adornada la referida escritura de todos los requisitos intrínsecos y extrínsecos exigidos en derecho, y aceptada ó no impugnada por las partes, no puede menos de producir toda su eficacia en este pleito, á pesar de lo cual la Sala sentenciadora no la reconoce ninguna, absolviendo de la demanda al demandado contra lo consignado en la escritura:

2° Que al considerar y decidir la Sala sentenciadora que la referida escritura de 22 de Diciembre de 1867 es una verdadera novación de contrato, y que para que pudiera ser eficaz en juicio, debía haber tenido intervención en ella la Caja de Ahorros de Burgos ó sus representantes, infringe la ley 15, tít. 14 de la Partida 5ª, que establece el verdadero concepto de la novación; pues no conteniéndose los caracteres de ésta en la citada escritura, es indudable que no contiene novación de deuda, y que por tanto no pueden aplicarse las leyes y doctrinas que la regulan, las cuales quedan infringidas desde el momento en que se aplica al presente pleito la escritura de 22 de Diciembre que no es más que lo que dicen sus términos; no conteniendo la novación propiamente dicha de la deuda; pero sí bien claro la obligación de D. Francisco de responder de la deuda de la Caja de Ahorros que tomó sobre sí con todas sus consecuencias, no pudiendo menos por tanto de ser completamente eficaz en derecho esa solemne obligación:

3° La ley 11, tít. 12, Partida 5ª, según la cual el fiador puede de-

mandar la parte que pagó por sí al deudor principal, pues siendo el recurrente fiador y habiendo la Caja de Ahorros dirigido su acción contra él y embargándole los bienes para hacerse cobro, y habiendo Don Francisco de la Peña tomado sobre sí la deuda de su hermano á virtud de escritura pública, es indudable que el recurrente se hallaba subrrogado en todos los derechos, y que tiene acción expedita para reclamar de D. Francisco todo cuanto se ha satisfecho por razón de la fianza y los perjuicios que se le hayan irrogado con motivo de la misma, conforme á la sentencia de 14 de Febrero de 1879 y otras:

4° Que al decidir la Sala sentenciadora que lo convenido en la citada escritura de 22 de Diciembre sobre la deuda á la Caja de Ahorros, quedó sin efecto por el documento privado otorgado por D. José y Don Francisco de la Peña en 4 de Setiembre de 1868, infringe la ley 119, tít. 18 de la Partida 3ª, y la doctrina, conforme con ella, establecida en sentencia de 24 de Marzo de 1865 y otras muchas, según las cuales el instrumento privado reconocido por la parte á quien se opone hace fe en juicio contra el que lo suscribió, sus herederos y causa habientes, mas no debe perjudicar á un tercero que ninguna intervención tuvo en el mismo; que si bien todo documento privado escrito por el mismo que en él se obliga con intervención de testigos tiene fuerza legal, ésta no puede ser aplicable al caso en que el que lo firme resulte en él favorecido, que es precisamente lo que ocurre con el documento de 14 de Setiembre, que no aparece perjudicial sino favorable al demandado, toda vez que en él prescindió de obligaciones solemnemente contraídas en escritura pública; que por otra parte, siendo el otorgante y testigos que firmaron el referido documento hermano y amigos íntimos del demandado, todos enemigos del demandante, su testimonio no podía apreciarse como imparcial y fidedigno, ni por consiguiente tomarse en cuenta para estimar la verdad de lo en él expuesto y estipulado, puesto que en todos los que lo suscriben concurre la tacha legal á que se refiere el núm. 5° y en uno también el principio del art. 660 de la ley de Enjuiciamiento civil que igualmente resulta infringido: por último, apareciendo como fin del citado documento procurar la insolvencia de D. José de la Peña respecto á la Caja de Ahorros, por medio del reconocimiento y satisfacción de otros créditos, tal fin no aparece legal, y por tanto tampoco la causa de la obligación contenida en aquel documento, con arreglo á la ley 28, tít. 11 de la Partida 5ª:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe las leyes y doctrinas que se invocan en el primer motivo, puesto que no desconoce la autoridad de la escritura de 22 de Diciembre de 1867, sino que por no haber intervenido en ella la representación de la Caja de Ahorros de Burgos, ni el subrrogado en su lugar D. Francisco Martínez Huidobro, niega á dicho instrumento público eficacia legal para legitimar la acción deducida por el demandante, entre el cual y el demandado no existe vínculo alguno de derecho en razón de lo estipulado por éste y su hermano D. José de la Peña:

Considerando que por la misma razón no son de estimar los motivos 2°, 3° y 4°, cuyo razonamiento, á más de referirse á los considerandos del fallo, lo que no puede servir de fundamento legal para la casación según tiene declarado reiteradamente este Tribunal, descansa en el equivocado concepto de que en virtud del contrato celebrado entre los hermanos Peña, adquirió Martínez Huidobro el derecho que pretende

hacer valer, sin embargo de haber sido extraño á aquella convención:

Considerando, por último, que es improcedente el quinto motivo por referirse á la prueba testifical, contra cuya apreciación hecha por la Sala sentenciadora en uso de sus atribuciones, no se demuestra ni alega en la forma prescrita en el núm. 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil que se haya cometido error de hecho;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José Martínez Huidobro, á quien condenamos en las costas: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Burgos con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 6 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Enero de 1884.)

355

Recurso de casación (6 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de pensiones de un censo é intereses de demora.—No ha lugar al interpuesto por el Duque de Maqueda y otro con la Marquesa viuda de Castelar y otros (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que si bien es real la acción que se dirige á reclamar las pensiones del censo consignativo, debe tenerse por poseedores de los bienes gravados á los herederos del censatario, incumbiéndoles á ellos por consiguiente probar si se vendieron aquéllas y en qué fecha para trazar la línea divisoria entre el fin de su responsabilidad y el principio de la de los adquirentes:*

2° *Que dichos herederos, no obstante la condonación, pueden dimitir los bienes gravados que posean, sin que por eso se libren de contribuir al pago de las pensiones vencidas hasta que la dimisión se realice en forma;*

Y 3° Que como se ha declarado repetidas veces no hay incongruencia cuando se otorga menos de lo que se pide.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospicio y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta misma corte por Doña María de los Dolores Mesa Queralt, Marquesa viuda de Castelar, por sí y en representación de sus hijos D. Luis, Doña María, Doña Agripina, D. Francisco y D. Diego Patiño y Mesa; D. Fernando Ramírez de Haro Córdoba y Belvis de Moncada, Conde de Villariezo, por sí y en nombre de sus hijos D. Fernando, D. Manuel, Doña Patrocinio y D. José Ramírez y Ossorio, vecinos todos de esta capital, y los consortes D. Ramón de Sentmenat y Despujol y Doña Inés Patiño y Ossorio de Sentmenat, Marqueses de Ciutadilla, vecinos de Barcelona, con el Duque de Sessa, y por su defunción con D. Francisco de Asís Ossorio de Moscoso y Borbón, Duque de Maqueda, vecino de esta corte, y Don Luis Ossorio de Moscoso y Borbón, Conde de Cabra, domiciliado en París; Doña María Eulalia Ossorio de Moscoso y Carvajal, Duquesa de Medina de las Torres; Doña María Rosalía Luisa Ossorio de Moscoso y Carvajal, Duquesa de Baena, vecinas ambas de Madrid, y con los estrados del Tribunal, en ausencia y rebeldía de la Duquesa de Sanlúcar, sobre pago de pensiones de un censo é intereses de demora; pendiente

en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. José María Ordóñez y el Procurador D. Manuel Martín Veña, en defensa y representación del Duque de Maqueda y el Conde de Cabra, habiendo sido defendidos y representados en este recurso los demandantes por el Licenciado D. Modesto Llorens y el Procurador D. Félix Bazán y Molero:

Resultando que D. Ventura Ossorio de Moscoso, Conde de Altamira y otros títulos, en escritura que con facultad Real otorgó en 7 de Abril de 1764, impuso un censo sobre sus estados y mayorazgos, y especialmente sobre los de Almazán y Monteagudo, de 713.028 rs. 16 maravedises de capital al 2 y medio por 100 á favor de los consortes D. Manuel Fulgencio Ramírez de Arellano y Doña María Teresa del Pilar Olivares y Cepedas, Condes de Murillo y Peñarrubia, y Marqueses de Villacastell, y especialmente de la segunda, sus hijos y herederos; obligándose á dar y pagar á dichos Condes de Murillo, ó á quien su derecho representase en esta corte, y en su casa y poder los 17.825 reales y 23 maravedises de renta, censo y tributo anual que había de durar perpetuamente hasta que su principal se redimiese y quitase, en dos pagos ó plazos iguales en los días 1º de Diciembre y 1º de Junio de cada año:

Resultando que por D. Rafael Paz y Fuentes del suprimido Consejo de Castilla como Juez interventor de la casa, estados y rentas de Don Vicente Isabel Ossorio, Conde de Altamira, se reconoció á nombre de éste y de sus herederos y sucesores en escritura de 29 de Setiembre de 1832 por dueños y legítimos poseedores del capital del censo de 713.028 reales 16 maravedises que con el rédito de 2 y medio por 100 se hallaba impuesto sobre los estados de Almazán y Monteagudo que poseía dicho Conde, ó los seis hijos y herederos de Doña María Diego Ramírez de Arellano, Marquesa de Castelar, D. Luis, Doña Fernanda, Doña Joaquina, Doña María Mercedes, D. José y D. Ramón Patiño Ramírez de Arellano, entre los que se había procedido á su división y adjudicación, correspondiendo á cada uno de ellos 118.838 rs. que percibirían así como sus herederos y sucesores como tales dueños de dichos capitales si llegaba el caso de la reducción del censo, y en el ínterin los réditos de 2 y medio por 100 marcados en la escritura de imposición; de la cual, así como de ésta, se tomo razón en la Contaduría de hipotecas:

Resultando que por escritura de 16 de Junio de 1843 D. José María Patiño Ramírez de Arellano hizo cesión de las partes de censo á él correspondiente á favor de su hermano D. Luis, Marqués de Castelar; y en otra escritura que en 21 de Diciembre de 1871 otorgaron D. Nicolás, Doña Inés y Doña María del Patrocinio Patiño y Ossorio, hijos los tres de D Luis Patiño Ramírez de Arellano, en la que rectificaron la partición de bienes practicada al fallecimiento de éste, comprendieron los dos capitales de censo de 118.838 rs. cada uno que habían correspondido á su citado padre, uno por derecho propio y otro por cesión de su hermano D. José, y los distribuyeron entre sí:

Resultando que Doña María de los Dolores Mesa y Queralt, viuda de Nicolás Patiño y Ossorio, Marqués de Castelar, por sí y en representación de sus cinco hijos D. Luis, Doña María, Doña Agripina, Don Francisco y D. Diego Patiño y Mesa; D. Fernando Ramírez de Haro, Conde de Villariezo, viudo de Doña María del Patrocinio Patiño y Ossorio, por sí y en representación de sus hijos D. Fernando. D. Manuel, Doña Patrocinio y D. José Ramírez de Haro y Patiño; y D. Ramón de

Sentmenat y Despujols, como marido de Doña Inés Patiño y Ossorio, Marqués de Ciutadilla, dedujeron en 8 de Mayo de 1878 la demanda que ha motivado este pleito, en la que en ejercicio de la acción personal nacida del contrato y de la real hipotecaria procedente del dominio, solicitaron se condenase en definitiva á la testamentaría de la casa y estados de Astorga, Altamira y Montemar á satisfacer los 95.056 rs., total importe de 16 anualidades del censo de 237.676 rs. que tenían sobre dichos estados, vencidas hasta la fecha y no satisfechas, así como al pago de las demás que fuesen venciendo en lo sucesivo con el interés legal de la indicada suma desde la fecha de la demanda; á cuyo efecto, y después de hacer relación de los antecentes referidos, dijeron que reducido el censo impuesto por el Conde de Altamira en la escritura de 7 de Abril de 1764 sobre sus estados y mayorazgos, y señaladamente sobre los de Almazán y Monteagudo con relación á la casa de Castelar, á un capital de 237.676 rs., había venido pagando la casa censataria á la de Castelar el rédito correspondiente á dicha suma hasta hacía 16 años, é invocaron en apoyo de sus derechos las leyes 1ª, tít. 1º, y 3ª y 5ª, tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Resultando que requerido el Administrador de los estados de Astorga, Altamira y Montemar para que manifestara quién representaba dicha casa, quien manifestó que el último Conde de Altamira había dejado cuatro hijos, que eran el Duque de Sessa y las Duquesas de Sanlúcar, de Medina de las Torres y de Baena, los cuales habían continuado por sí la testamentaría de su padre que se encontraba paralizada; en virtud de lo cual se entendió la citación y emplazamiento con los cuatro expresados hijos del Conde de Altamira, y comparecieron todos, excepción hecha de la Duquesa de Sanlúcar, que fué declarada rebelde:

Resultando que las Duquesas de Medina de las Torres y de Baena alegaron, entre otros particulares al contestar la demanda, que los réditos de los excesos que reclamaban los demandantes se hallaban satisfechos hasta la primera anualidad inclusive de 1867, y eran por lo tanto sólo 10 anualidades y media las que en su caso se adeudarían á los demandantes, por quien debiera satisfacerlas; además de que se pedía el importe íntegro de cada anualidad, sin tener en cuenta las deducciones que por contribuciones é impuestos satisfechos y otros gastos correspondientes á los censualistas debían hacerse; por todo lo cual resultaba que en la demanda se pedía mucho más de lo que debiera pedirse en el caso de que hubiera derecho para ello; que los bienes especialmente hipotecados, según resultaba de la escritura de constitución de censo, fueron únicamente los de las villas de Almazán, Monteagudo, Varca, Villarayas y las demas villas y lugares de que se componía el citado mayorazgo de Almazán y Monteagudo, y que no poseían ninguno de los bienes que componían dichos vínculos, que habían sido vendidos hacía bastante tiempo, sin que pudieran determinar quiénes fuesen sus poseedores actuales:

Resultando que respecto del Duque de Sessa, que tuvo por contestada la demanda, y por parte de los demandantes se alegó en el escrito de réplica que según manifestación expresa de la parte contraria la casa de Altamira había venido satisfaciendo el censo en cuestión; que no constándoles á los demandantes el hecho de haber sido vendidos los bienes que la casa de Altamira poseía en Almazán y Monteagudo, no podía justificarse la interrupción en el pago de los réditos anuales, mu-

cho más habiéndose reconocido los Condes de Altamira y sus herederos obligados personalmente al cumplimiento de dicha obligación por razón del abono que habían continuado verificando de las pensiones hasta el año de 1867 inclusive cuando menos; y que la casa del Marqués de Castelar, en nombre de los demás partícipes en el censo, había tenido confiado el percibo de las rentas al agente D. Francisco Rodríguez López, que se ausentó de esta corte el año 1868 sin rendir cuentas de su administración, por cuya causa era posible que no constase á los demandantes el cobro de alguna anualidad del censo por dicho agente; y por virtud de estas razones solicitaron se condenase á los demandados al pago de la cantidad pedida en la demanda, hecho abono de las cantidades que se acreditase legalmente tener ya satisfechas por cuenta del total adeudado, con lo demás solicitado en la demanda:

Resultando que el Duque de Sessa pidió en el escrito de dúplica que se absolviese de la demanda con imposición de costas á los actores, alegando al efecto y en cuanto es pertinente, que no poseía los bienes censidos contra que se dirigía la acción real ejercitada, ni los había poseído nunca, ni había pagado en ningún tiempo pensiones por tal censo, invocando en apoyo de su derecho la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, el principio de que los censos se dirigen contra los bienes censidos, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que declara el censatario se libra del pago de pensiones abandonando la finca al censualista, lo cual verificaba desde luego:

Resultando que durante el término de prueba trataron los demandantes justificar por medio de las declaraciones de dos empleados de la casa del Marqués de Castelar, y de las cuentas rendidas á la testamentaría de dicho Marqués por el agente D. Francisco Rodríguez López, que la casa de Altamira satisfizo los réditos correspondientes á los dos capitales de censo de 118.838 rs.; y practicada también prueba por los demandados, dictó sentencia el Juez de primera instancia condenando al Duque de Sessa y á las Duquesas de Medina de las Torres, de Baena y de Sanlúcar á pagar á los demandantes en el término de 15 días, y previa liquidación en su caso por peritos de recíproco nombramiento, y tercero en caso de discordia, la pensión ó rédito anual del censo en que aquéllos apareciesen en descubierto, con reserva al Duque de Sessa de su derecho para que lo ejercitase si lo creyera conveniente contra los demás demandados:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia de esta corte, por virtud de apelación interpuesta y admitida libremente á los demandados, se adhirió á ella la parte apelada al evacuar el traslado de instrucción, pidiendo que se revocase la sentencia del Juzgado y se condenase á los demandados al pago de las 16 anualidades del censo á que se refería la demanda, con las deducciones acostumbradas en los pagos de las anteriores anualidades, ó en otro caso al de las 10 anualidades y media que mediaban desde la pensión correspondiente al primer semestre del año 1867 hasta la interposición de la demanda con derecho á verificar las indicadas deducciones; condenándoles además en ambos casos al abono del interés legal de la suma que se mandase satisfacer desde la fecha de la interpelación judicial y demás pensiones vencidas y que fuesen venciendo en lo sucesivo; y que la Sala primera de lo civil de dicha Audiencia dictó sentencia en 27 de Octubre de 1882, condenando al Duque de Maqueda y al Conde de Cabra, como herederos del Duque de Sessa, á la Duquesa de Medina de las Torres, á

la de Baena y en rebeldía á la de Sanlúcar, á que en el término de 15 días paguen á los demandantes Marqueses de Ciutadilla Conde de Villariezo y Marquesa viuda de Castelar, en representación estos dos últimos de sus respectivos hijos D. Fernando, D. Manuel, Doña Patrocinio y D. José Ramírez Ossorio, y D. Luis, Doña María, Doña Agripina, Don Francisco y D. Diego Patiño y Mesa las 10 y media pensiones vencidas del censo objeto de este pleito, á contar desde el segundo semestre inclusive del año 1867 hasta la fecha de la incoación de la demanda, y además las vencidas posteriormente y las que vayan venciendo hasta el completo pago con el abono del 6 por 100 de tales pensiones desde la respectiva mora de cada una, con reserva á los causa habientes del Duque de Sessa del derecho de que se crean asistidos para que lo deduzcan contra quien y como crean convenirles:

Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas interpusieron recurso de casación D. Francisco de Asís y D. Luis Ossorio de Moscoso y Borbón, Duque de Maqueda el primero y Conde de Cabra el segundo, citando en su apoyo como infringidos:

1° Las leyes que como la Hipotecaria en su art. 117 establecen la naturaleza del censo como un derecho en la cosa que ha de hacerse efectivo ó perseguirse por su índole contra el poseedor de los bienes censidos, porque los demandantes ni siquiera han intentado la prueba de que el Duque de Sessa poseyera los especialmente gravados:

2° La doctrina legal establecida, entre otras sentencias de casación, en la de 24 de Abril de 1874, que señala la acción real hipotecaria como la procedente para reclamar del poseedor de las fincas censidas las pensiones atrasadas y corrientes; puesto que tal posesión no se ha justificado por los demandantes en lo que ataña al Duque de Sessa:

3° La doctrina inconcusa establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Enero de 1859 y en otras, de que el censatario puede librarse del gravamen del censo sea reservativo ó conservativo dimitiendo la cosa censida á favor del censualista, por cuanto en el escrito de dúplica dijo terminantemente el Duque de Sessa que desde luego dimitía los bienes censidos, y de esta manifestación se ha desentendido la Sala sentenciadora;

Y 4° En que al faltar la sentencia recurrida al tenor de lo pedido por los demandantes al adherirse á la apelación, desentediéndose de la demanda incurre en la falta de congruencia que señala el párrafo segundo del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil como motivo de casación; pues las pretensiones sólo pueden deducirse oportunamente en los pleitos en el escrito de demanda, conforme se deduce de los artículos 224 y 256 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, 524 y 548 de la vigente:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe la ley y doctrina invocadas en los motivos 1° y 2°, porque si bien es real la acción que se dirige á reclamar las pensiones de censo consignativo, en el caso actual debe tenerse por poseedores de los bienes gravados á los herederos del Conde de Altamira, que de otro modo, muerto éste en 1864, no hubieran continuado pagando las pensiones vencidas después de su fallecimiento como lo hicieron hasta 1867, incumbiéndoles á ellos por consiguiente probar si se vendieron aquéllas y en qué fecha para trazar la línea divisoria entre el fin de su responsabilidad y el principio de la de los adquirentes:

Considerando que tampoco infringe la doctrina expuesta en el tercer motivo, porque los herederos del Duque de Sessa no obstante la condonación, pueden dimitir los bienes gravados que posean, sin que por eso se libren de contribuir al pago de las pensiones vencidas hasta que la dimisión se realice en forma:

Considerando, por último, que no infringe las disposiciones citadas el cuarto motivo, ya porque como se ha declarado repetidas veces no hay incongruencia cuando se otorga menos de lo que se pide, y ya porque los demandantes más ilustrados sobre los hechos por el escrito de contestación de las Duquesas de Baena y de Medina de las Torres, pudieron y debieron rectificar el número de las pensiones adeudadas en la posibilidad de que hubiese cobrado algunas un Administrador que se había fugado sin dar cuentas;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco de Asís y D. Luis Ossorio de Moscoso y Borbón, Duque de Maqueda el primero, y Conde de Cabra el segundo, á quienes condenamos al pago de las costas y pérdida del depósito de 1.000 pesetas que han constituído, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 6 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 26 de Enero de 1884).

356

Recurso de casación (*6 de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.* —Mejor derecho de la mitad reservable de un vínculo.—Pago de una pensión.—Ha lugar en parte al interpuesto por la Marquesa de Fuentehermosa con D. Celestino y D. Luis de los Ríos y Córdova (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que declarada por la sentencia recurrida la vacante de un vínculo y consentida esta declaración por la recurrente, ha llegado el caso de designar quién haya de ser el sucesor en la mitad reservable, con arreglo á las cláusulas de la fundación, ley primordial en la materia:*

2° *Que aunque sea electivo un vínculo, si el fundador dispuso especial y concretamente en la cláusula de fundación que aquel de los sucesores que no cumpliese con la obligación de usar de su nombre y armas quedase excluído del vínculo, y que éste pasase* al siguiente en grado, *cuyas palabras en su acepción jurídica significan que para este caso concreto hacía regular la sucesión; al cometer la sentencia la elección del sucesor, precisamente en uno de los dos demandantes, infringe la cláusula citada de la fundación y la doctrina legal según la que en todas las cuestiones relativas á los bienes vinculares la voluntad del fundador es ley, y por consiguiente es nula toda sentencia que la infringe; puesto que hace electivo el vínculo en un caso en que el fundador dispone un llamamiento especial y regular:*

3° *Que alegado el segundo motivo de casación en que se apoya el recurso sólo para el caso en que no se estimase el primero, y habiéndolo sido, no es procedente su examen;*

Y 4° Que la sentencia no infringe la cláusula de la fundación al

condenar á la demandada al pago inmediato de la pensión de 500 ducados á uno de los demandantes; porque, al hacerlo así, respeta el derecho de elección que la cláusula atribuye á dicha señora como poseedora del vínculo, y al limitarle á uno de ellos la Sala cumple con lo que la misma cláusula previene, obligándola á hacer la designación en uno de los parientes del fundador, por no haberse presentado otros y no haber cumplido la recurrente con el deber de pagar la pensión de que se trata en los muchos años que ha poseído el vínculo.

En la villa y corte de Madrid, á 6 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Celestino y D. Luis de los Ríos y Córdova, Juez de primera instancia de Azpeitia el primero y Capitán de Artillería el segundo, domiciliado en Burgos, con Doña Elía Francisca del Castillo, Marquesa de Fuentehermosa, propietaria, vecina de esta corte, sobre mejor derecho á la mitad reservable de un vínculo y pago de anualidades de una pensión; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. Francisco Pí y Margall y el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez Illana, en defensa y representación de la Marquesa de Fuentehermosa, habiendo sido defendidos y representados los recurridos por el Licenciado Don Antonio Maura y el Procurador D. Francisco Quintín Fernández:

Resultando que en testamento que en 14 de Agosto de 1836 otorgó en esta corte el Licenciado Gonzalo Ter de los Ríos fundó un vínculo y mayorazgo, para cuyo disfrute llamó en primer lugar á su sobrino Juan Ter de los Ríos, disponiendo en la cláusula 14 que le daba poder y facultad, así como á los que después de sus días sucediesen en el mayorazgo, para que pudiesen nombrar á uno de los hijos legítimos que tuviesen siendo varones ó descendientes de varón, sin anteceder á quien fuese mayor, y sin que en esto pudiese haber pleito, porque la elección del último poseedor había de ser como sentencia sin apelación; de suerte que el último peseedor había de poder nombrar sucesor para después de sus días teniendo hijos varones legítimos á uno de ellos, y no teniéndolos á un varón descendiente de varón de los parientes trasversales: que el último poseedor no había de poder gravar al que nombrase con el pago de sus deudas ni con las de otros, ni con ningún tributo ni pensión para después de sus días, y si lo hiciese el poseedor del vínculo y lo consintiese el nombrado, les privaba á ambos y llamaba al siguiente en grado; y que si el último poseedor de este vínculo dejase de nombrar sucesor por olvido ó por otra causa para después de sus días, daba poder y facultad á los Marqueses de Poza, en cuya casa se había criado, para que sin atender á mayoría ni á proximidad pudiesen hacer el tal nombramiento entre sus parientes en la forma que dejaba dicho como si fuese el último poseedor:

Resultando que en la cláusula 16 dispuso que todos los sucesores en el vínculo se llamasen, nombrasen y afirmasen como él, Gonzalo Ter; de suerte que el nombre de pila fuese Gonzalo y el sobrenombre Ter, tomando después el apellido de sus padres ó abuelos ó el que quisieren; de manera que si cuando fuesen elegidos tuviesen otro nombre de pila lo dejasen ó añadiesen después al suyo, y usasen además las armas de su linaje, y los que así no lo hiciesen y cumpliesen quedaban excluídos y llamaba al siguiente en grado; en la 22 que quería y era su voluntad que el sucesor ó poseedor del vínculo ó mayorazgo

que sustituía diese y pagase cada año 500 ducados de renta á otro de los suyos y descendientes del que fuese varón y al que nombrare y quisiere, de los cuales gozase el tal nombrado por todos los días de su vida y después de ellos tuviese obligación el poseedor del vínculo de nombrar otro que gozase los dichos 500 ducados, y así sucesivamente para siempre jamás; de suerte que estos 500 ducados no los había de gozar el poseedor del vínculo, sino otro á quien él nombrase; debiendo ser pagados la mitad el día de San Juan de Junio, y la otra mitad el de Navidad de cada año, con más las costas de la cobranza caso de que fuese necesario pedir la paga por justicia; autorizando en la cláusula 23 á los parientes más próximos para que compelieran al poseedor á nombrar persona que gozase los dichos 500 ducados:

Resultando que en el pleito seguido en el Juzgado del distrito de San Vicente, en Sevilla, entre Doña Leonisa de Córdova, en representación de sus hijos menores D. Celestino, D. Luis, Doña Emilia y Doña María Josefa de los Rios y Córdova, y D. Carmelo Pedro Borg, como marido de Doña Elía Francisca del Castillo, se declaró por sentencia de revista de 26 de Febrero de 1861, que se hizo firme, que los hijos de Doña Leonisa, con arreglo á los llamamientos hechos por Gonzalo Ter de los Rios en la fundación del vínculo de que se trataba, tenían las condiciones requeridas para ser cualquiera de ellos elegido sucesor inmediato de dicho vínculo que poseía la Doña Elía, y en su consecuencia que el que de ellos fuese elegido y nombrado con arreglo á lo dispuesto en las cláusulas 13 y 14 de la citada fundación era el inmediato sucesor de la mitad reservable de los bienes de dicho vínculo:

Resultando que en 8 de Noviembre de 1879 D. Celestino y D. Luis de los Ríos y Córdova dedujeron la demanda que dió principio á este pleito, con la solicitud de que se condenase en definitiva á Doña Elía Francisca del Castillo, Marquesa de Fuentehermosa, á desamparar la mitad reservable para el inmediato sucesor, según las leyes desvinculadoras, de los bienes constitutivos de la dotación del vínculo de Ter de los Ríos, con las agregaciones que hubiese tenido por haber perdido dicha demandada y actual poseedora el derecho de conservar el disfrute de dicha mitad, y se declarase que vacante por esta razón el vínculo era llegado el caso de que la elección de sucesor competía á los Marqueses de Poza, según la fundación, como si fueran el último poseedor; en apoyo de lo cual alegaron que la demandada Doña Elía había perdido cuantos derechos podía tener al disfrute del vínculo por inobservancia de la cláusula 16, y habiéndose cumplido la condición resolutoria y extinguido los derechos que tenía á la posesión del mayorazgo no podía conservar el de hacer la elección de sucesor que se hallaba entre los inherentes á la posesión; y que en virtud de las leyes desvinculadoras y en concepto de poseedora había podido adquirir Doña Elía Francisca del Castillo la mitad de los bienes del mayorazgo en calidad de libres, pero del disfrute y la trasmisión de la mitad reservable correspondiente al inmediato sucesor continuaban enteramente sometidos á la fundación:

Resultando que la Marquesa de Fuentehermosa opuso á lademanda que ni durante el largo pleito seguido en Sevilla con la madre de los demandantes ni en 14 años después de haberse hecho firme la sentencia de revista de 26 de Febrero de 1871 que en él recayó, no habían advertido los demandantes que no llevase por nombre y apellido los del fundador y que por lo tanto debiese ser excluída de la posesión del

vínculo: que tal condición de usar el poseedor del vínculo el nombre y apellido del fundador era inadmisible tratándose de varones y mucho más de hembras, razón por la cual sus antecesores en el vínculo habían dejado de llevar dicho nombre y apellido y se había limitado como ella á usar las armas de Gonzalo Ter: que no conociendo, como no conocía, quién fuese el inmediato sucesor, no podía hacer la elección, la cual habría de ser siempre para después de sus días, pudiendo verificarla por testamento: que las cláusulas mismas de la fundación revelaban que no había llegado el caso de referir á los Marqueses de Poza el derecho de elección de sucesor inmediato, puesto que no tenía ella tiempo fijo para la elección y podía hacerla por testamento; y que tampoco correspondía á dichos Marqueses de Poza hacer dicha elección porque hubiese dejado de usar el nombre y apellido de fundador, pues aun en el caso que no concedía de que fuese este motivo bastante para privarla de la posesión del vínculo, las últimas palabras de la cláusula 16 de la fundación demostraban que no era la elección lo que en tal caso procedería:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica insistieron ambas partes en sus anteriores pretensiones y alegaciones, y por un otrosí del de dúplica se pidió que se acumulara á este pleito el que los mismos demandantes seguían en aquel mismo Juzgado contra la misma demandada sobre pago de la pensión de 500 ducados, establecida en la fundación de Ter de los Ríos; acumulación que fué decretada:

Resultando que en la demanda de este segundo pleito, deducida en 12 de Febrero de 1880, pidieron los hermanos Ríos se declarase que Doña Elía Francisca del Castillo, como poseedora de hecho que había sido y era del mayorazgo de Ter de los Ríos, había debido abonar la pensión anual de 500 ducados que gravaba todos los bienes de la dotación del vínculo al pariente idóneo á quien correspondiera percibirla con arreglo á la fundación, y que en su consecuencia se condenase á dicha poseedora á entregar en el término de 10 días á cualquiera de los demandantes, como únicos elegibles, el importe íntegro de las anualidades que hubiesen vencido, á contar desde el 26 de Febrero de 1861, y las que venciesen en adelante mientras conservase la posesión de todo el vínculo, y la mitad ó parte proporcional de los bienes que conservase cuando dimitiera la mitad reservable; alegando al efecto que el pleito seguido en Sevilla por la madre de los demandantes, en el que recayó la sentencia firme de revista de 26 de Febrero de 1861, había surgido precisamente de la pretensión deducida por Doña Elía de que no conociendo pariente alguno que con arreglo á la fundación pudiese ser elegido su inmediato sucesor en el vínculo, se creía en el caso de hacer uso de la facultad que á los poseedores de bienes amayorazgados sin sucesor conocido daba el decreto de 15 de Mayo de 1815, restablecido en 30 de Agosto de 1836; y que desde que Doña Elía entró en el disfrute del mayorazgo debió de cumplir la obligación que se le demandaba, y aun cuando por consecuencia de la primera demanda fuese condenada á dimitir la mitad de los bienes vinculados, no afectaría esto ni al íntegro pago del total importe de las pensiones vencidas desde Febrero de 1861 y de las que venciesen hasta la dimisión de dichos bienes ni tampoco al ulterior abono de la parte de pensión correspondiente á la otra mitad:

Resultando que la Marquesa de Fuentehermosa se opuso también á esta demanda, fundada, entre otras razones, en que con arreglo á la

cláusula 22 el fundador dejó en completa libertad al sucesor y poseedor del vínculo para que llamase al goce y disfrute de los 500 ducados al que nombrase y quisiese con tal de que fuese uno de sus deudos descendientes de varón, y no un pariente varón, como decían los demandantes, por lo cual el que éstos hubiesen sido declarados por sentencia firme capaces y con las condiciones requeridas en la fundación para ser cualquiera de ellos elegido inmediato sucesor en el vínculo, ó sea en la mitad reservable, no quería decir que hubiese de ser necesariamente á ellos á quien debiera pagarse la pensión:

Resultando que en la réplica y dúplica de este segundo pleito reprodujeron también ambas partes lo dicho y alegado en los primeros escritos; y verificada la acumulación decretada, se recibieron los autos á prueba:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó sentencia confirmatoria en 27 de Noviembre de 1882, condenando á Doña Elía Francisca del Castillo, Marquesa de Fuentehermosa, á que desampare desde luego la mitad reservable para el inmediato sucesor de los bienes que constituyen la dotación del vínculo fundado en 14 de Agosto de 1836 por el Licenciado Gonzalo Ter de los Ríos, con las agresiones que hubiesen acrecido al mismo por haber perdido el derecho de conservar y disfrutar la expresada mitad; declarando que vacante por esta razón el vínculo, es llegado el caso de que con arreglo á la fundación del mismo, el Marqués de Poza haga la elección en uno de los demandantes D. Celestino y D. Luis de los Ríos y Córdova, y condenando á dicha Marquesa de Fuentehermosa á que inmediatamente pague á cualquiera de aquéllos la pensión anual íntegra de 500 ducados desde 26 de Febrero de 1861 hasta que desampare los bienes correspondientes á la expresada mitad, y después que los dimita en la parte proporcional de ella que corresponda á los que se reserve en relación con los de la totalidad:

Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas en el establecimiento destinado al efecto, interpuso la Marquesa de Fuentehermosa recurso de casación, citando como infringidos:

1° Las cláusulas 14 y 16 de la fundación, en el hecho de deferir la sentencia la elección de sucesor en la mitad de los bienes vinculares poseídos por la recurrente, por cuanto estableciéndose en ellas que pase el vínculo al siguiente en grado siempre que excluye del mayorazgo á un poseedor, prescinde en todos estos casos del carácter efectivo del mayorazgo, y no confía por lo tanto ni á los Marqueses de Poza ni á nadie la elección de sucesor, no entrando dichos Marqueses en el derecho de elegir sino cuando el poseedor legítimo del mayorazgo ha dejado d elegir sucesor hasta el último día de su vida, bien por olvido ó por cualquiera otra causa:

2° En el supuesto de que la elección correspondiese en el caso de que se trata á los Marqueses de Poza la cláusula 14 antes citada, porque la sentencia recurrida expresa que dichos Marqueses han de hacer la elección en uno de los demandantes, y con arreglo á dicha cláusula pueden hacerlo en cualquiera de los parientes del fundador:

3° La cláusula 22, en el hecho de condenar la sentencia á la recurrente á dar á uno de los demandantes la pensión de los 500 ducados, porque si bie es cierto que la indicada cláusula le impone la obligación de pagar esta pensión, también lo es que le concede el indisputable derecho de nombrar para el goce de dicha pensión á la persona que

mejor le plazca con tal de que sea descendiente del fundador por línea de varón;

Y 4° El principio repetidamente sancionado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 14 de Noviembre de 1846, 7 de Octubre de 1854, 23 de Diciembre de 1865, 26 de Junio de 1852 y 28 de Diciembre de 1861, de que en todas las cuestiones relativas á los bienes vinculares la voluntad del fundador es ley, y por consiguiente es nula toda sentencia que la infringe:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que declarada por la sentencia recurrida la vacante del vínculo y consentida esta declaración por la Marquesa de Fuentehermosa, recurrente, ha llegado el caso de designar quién haya de ser el sucesor en la mitad reservable, con arreglo á las cláusulas de la fundación, ley primordial en la materia:

Considerando que si bien el vínculo fundado por el Licenciado Ter de los Ríos es electivo, el fundador dispuso especial y concretamente en la cláusula 16 que aquel de los sucesores que no cumpliese con la obligación de usar de su nombre y armas quedase excluído del vínculo, y que éste pasase *al siguiente en grado*, cuyas palabras en su acepción jurídica significan que para este caso concreto hacía regular la sucesión:

Considerando que la sentencia recurrida al cometer la elección del sucesor al Marqués de Poza precisamente en uno de los dos demandantes, D. Celestino y D. Luis de los Ríos y Córdova, infringe la cláusula citada de la fundación que se invoca en el primer motivo de casación y la doctrina legal alegada en el art. 4°, puesto que hace electivo el vínculo en un caso en que el fundador dispone un llamamiento especial y regular:

Considerando que el segundo motivo de casación en que se apoya el recurso se alega sólo para el caso en que no se estimase el primero, y habiéndolo sido no es procedente su examen:

Considerando, en cuanto al tercero, que la sentencia recurrida no infringe la cláusula 22 de la fundación, según se supone, porque al condenar á la Marquesa de Fuentehermosa al pago inmediato de la pensión de 500 ducados á uno de los demandantes, respeta el derecho de elección que la cláusula atribuye á dicha señora como poseedora del vínculo, y al limitarle á uno de ellos la Sala cumple con lo que la misma cláusula previene, obligando á la Marquesa á hacer la designación en uno de los parientes del fundador por no haberse presentado otros y no haber cumplido la recurrente con el deber de pagar la pensión de que se trata en los muchos años que ha poseído el vínculo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Marquesa de Fuentehermosa en cuanto á los motivos 1° y 4° que se invocan por la recurrente, y no en cuanto al 3°; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 27 de Noviembre de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte, solamente en la parte que declara que vacante el vínculo ha llegado el caso de que el Marqués de Poza haga la elección de uno de los dos demandantes D. Celestino y D. Luis de los Ríos y Córdova; y devuélvase á la recurrente el depósito que tiene constituído.—(Sentencia publicada el 6 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1884.)

357

Recurso de casación (7 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por D. Joaquín Puigcarbó con la *Compañía del ferrocarril de Tarragona á Barcelona* y el Ministerio fiscal (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que según ha declarado con repetición el Tribunal Supremo, los artículos* 15 *y* 17 *de la ley de Enjuiciamiento civil completan el pensamiento del legislador, señalando el primero los casos en que deberá otorgarse la defensa por pobre y facultando el segundo al Juez para denegarla á los que estén comprendidos en alguno de ellos cuando en concepto de aquél se infiera del número de criados que tengan á su servicio, del alquiler de la casa que habiten ó de otros cualesquiera signos exteriores, que cuentan con medios superiores al jornal doble de un bracero en cada localidad.*

En la villa y corte de Madrid, á 7 de Diciembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio de la ciudad de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del mismo territorio por D. Joaquín Puigcarbó y Cassingen, del comercio, de aquella vecindad, con la *Compañía del ferrocarril de Tarragona á Barcelona*, domiciliada en dicha ciudad, y el Ministerio fiscal, sobre defensa por pobre; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre del Puigcarbó por el Procurador D. Manuel de Diego, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Martínez:

Resultando que en 3 de Marzo de 1882 D. Joaquín Puigcarbó dedujo demanda ordinaria contra la Compañía del ferrocarril de Tarragona á Barcelona y Francia, y en otrosí de la misma formuló la de pobreza, en la cual solicitó se le concediera dicho beneficio para litigar contra la referida Compañía, fundado en que con un pequeño capital que le prestó su familia fué á Barcelona, ó invertido aquél en el pago de apremiantes necesidades y en gastos de instalación se vió obligado á colocarse de dependiente con el Corredor Real E. Raventós, que le satisfacía una pequeña remuneración voluntaria según los servicios prestados por hacer sólo un mes que desempeñaba dicho cargo y con ofrecimientos de asignarle 16 duros mensuales: que carecía de toda clase de bienes, rentas y pensiones, que era soltero, vecino de Barcelona y que habitaba en clase de huésped en el núm. 11 de la calle del Hospital, pagando una peseta diaria por cuarto y desayuno y comiendo en casa de su familia:

Resultando que el Ministerio fiscal se opuso á la pobreza que solicitó D. Joaquín Puigcarbó interin no la justificase cumplidamente, y la Compañía de los ferrocarriles de Tarragona á Barcelona y Francia contestó á la demanda oponiéndose á que se conceda á D. Joaquín Puicarbó el tratamiento de pobreza que solicitó, porque contaba con recursos superiores al doble jornal de un bracero en dicha localidad:

Resultando que recibido el incidente á prueba y practicadas las propuestas por las partes por medio de posiciones, documentos y testigos, el Juez de primera instancia dictó sentencia declarando no haber lugar

á conceder á D. Joaquín Puigcarbó el beneficio de pobreza que solicitó para litigar con la Compañía de los ferrocarriles de Tarragona á Barcelona y Francia, el que debería reintegrar á la Hacienda el papel de pobres invertido en el incidente, condenándole además al pago de todas las costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia por la que la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 2 de Agosto de 1882, por parte de D. Joaquín Puigcarbó se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1° El art. 17 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que no serán declarados pobres para litigar los comprendidos en los casos marcados por la ley cuando se infiera por los signos exteriores que goza de recursos superiores al doble jornal de un bracero en cada localidad; artículo que se ha infringido, toda vez que resulta de autos auténticos que los signos exteriores que rodean al recurrente no dan lugar á creer que goza de tales recursos:

2° El art. 15 de la misma ley, puesto que deniega el fallo recurrido la pobreza legal á D. Joaquín Puigcarbó á pesar de estar comprendido en los casos que señala para la declaración de aquélla proceda:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que según ha declarado con repetición este Tribunal Supremo, los artículos 15 y 17 de la ley de Enjuiciamiento civil completan el pensamiento del legislador, señalando el primero los casos en que deberá otorgarse la defensa por pobre y facultando el segundo al Juez para denegarla á los que estén comprendidos en alguno de ellos cuando en concepto de aquél se infiera del número de criados que tengan á su servicio, del alquiler de la casa que habiten ó de otros cualesquiera signos exteriores, que cuentan con medios superiores al jornal doble de un bracero en cada localidad:

Considerando que por lo tanto la sentencia contra la que se recurre al declarar, fundándose en los signos exteriores á que se refiere, no haber lugar á conceder á D. Joaquín Puigcarbó el beneficio de pobrezaa no infringe el art. 15 ni tampoco el 17, porque no se ha demostrado que en la aplicación de éste exista el error de hecho que se ha supuesto;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Joaquín Puigcarbó, á quien condenamos en las costas y al pago de cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirá con arreglo á derecho: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Barcelona, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 7 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1884.)

358

Recurso de casación (10 *de Diciembre de* 1883).—*Sala tercera.*—CALIFICACIÓN DE UNA QUIEBRA.—No se admite el interpuesto por D. Celestino Astort con la razón social *Astort hermanos* (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

Que con arreglo á los artículos 2° *y* 3° *de la ley de Enjuiciamiento*

civil de 1855, correspondientes al 1689 y al caso 1° del 1690 de la ley vigente, el recurso de casación se da únicamente contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, teniendo este concepto, además de las que terminan el juicio, las que recayendo sobre un incidente ó artículo ponen término al pleito haciendo imposible su continuación.

Resultando que en la pieza de calificación de la quiebra de la razón social *Astort hermanos* solicitó D. Celestino Astort y Simón, socio colectivo de la misma, que se suspendiera el curso de dichos autos hasta que recayera ejecutoria en el procedimiento criminal que debía formarse en averiguación de la falsedad de unas cartas, para lo cual promovía la correspondiente querella criminal.

Resultando que negadas estas pretensiones que fueron objeto de apelación, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte en auto de 25 de Junio del corriente año denegó la suspensión del curso de la quiebra, y en calificación, y lo demás solicitado por D. Celestino Astort, en cuyos términos confirmó con las costas la resolución del Juez de primera instancia:

Y resultando que D. Celestino Astort interpuso contra dicho auto recurso de casación por infracción de ley:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Marcos Cubillo de Mesa:

Considerando que con arreglo á los artículos 2° y 3° de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, correspondientes al 1689 y al caso 1° del 1690 de la ley vigente, el recurso de casación se da únicamente contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, teniendo este concepto, además de las que terminan el juicio, las que recayendo sobre un incidente ó artículo ponen término al pleito haciendo imposible su continuación:

Considerando que el auto ocurrido no es definitivo ni de los que recayendo sobre un incidente ó artículo ponen término al pleito haciendo imposible su continuación;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Celestino Astort y Simón, á quien se condena en las costas: líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente de este auto, con devolución del apuntamiento que ha remitido; y publíquese en la forma prevenida por la ley.—(Sentencia publicada el 10 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Febrero de 1884.)

359

Recurso de casación (11 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—DEFENSA POR POBRE.—No ha lugar al interpuesto por D. Camilo Gutiérrez Ravé con D. Manuel Fernández de Valderrama y el Ministerio fiscal (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

Que si la Sala sentenciadora no sólo ha tomado en cuenta, contra lo que se afirma en el recurso, la disposición del art. 18 de la ley de Enjuiciamiento civil, sino que, citándolo, declara inaplicable al caso el tipo regulador del triple jornal de un bracero, fundándose en que sobre haber formulado su demanda la misma parte recurrente en el he-

cho de que los bienes inmuebles poseídos por la sociedad conyugal pertenecen á la mujer, las pruebas practicadas con diverso y contradictorio objeto dan idéntico resultado, y no hay por lo tanto las rentas acumulables que requiere el citado artículo para fijar como tipo el triple jornal de un bracero en lugar del doble que la recurrente disfruta con exceso, no se infringe el expresado artículo por la sentencia que deniega el beneficio de la defensa por pobre.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Diciembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Ecija y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D. Camilo Gutiérrez Ravé, como marido de Doña Francisca Javiera Fernández de Valderrama, de la propia vecindad, propietaria, y el Ministerio fiscal, sobre defensa por pobre; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre del Gutiérrez Ravé por el Procurador D. Juan Hernández Baura, bajo la dirección del Licenciado D. Francisco Paula Llivi, habiendo representado y defendido á D. Manuel Fernández Valderrama el Procurador D. Felipe Cano y el Doctor D. Eugenio Montero Ríos:

Resultando que en 22 de Agosto de 1881 D. Camilo Gutiérrez Ravé, como representante legal de su esposa Doña Francisca Javiera Fernández de Valderrama, dedujo demanda ordinaria contra D. Manuel Fernández de Valderrama en reclamación de ciertos derechos, interesando en el segundo otrosí declaración de pobre para litigar, á cuyo efecto expuso que ambos cónyujes carecían de bienes que les proporcionaran rentas equivalentes ni con mucho al doble jornal de un bracero en Ecija, debiéndose graduar en 6 rs. el de cada uno: que solamente disfrutaban inmuebles como de la propiedad de la Doña Francisca estimados en los catastros de la riqueza pública con un líquido imponible de 935 pesetas, y que tampoco disfrutaban salarios ni ejercían industria de ninguna clase:

Resultando que conferido traslado de la demanda de pobreza á Don Manuel Fernández de Valderrama, solicitó se hiciera la declaración pretendida si Doña Francisca Javiera justificaba cumplidamente la cualidad de pobre, según lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil; y como el Ministerio público debía intervenir en el incidente interesado en primer término por el interés de la Hacienda, se limitaba el demandado á llamar la atención del Juez rectificando y adicionando los hechos en forma de observaciones acerca de los particulares que estimó conducentes; y conferido traslado de dicha demanda, el Promotor fiscal lo evacuó manifestando que carecía de antecedentes para impugnarla, reservándose proponer en su día la prueba que considerase procedente:

Resultando que recibido el incidente á prueba y practicadas las propuestas por las partes, el Juez de primera instancia en 26 de Enero de 1882 dictó sentencia declarando que D. Camilo Gutiérrez Ravé, como marido de Doña Francisca Fernández de Valderrama no tenía derecho á gozar de los beneficios que la ley concede á los que la misma conceptúa como pobres, y le condenó en las costas de este incidente; sentencia que fué confirmada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla en 27 de Enero último, teniendo en consideración que graduado el producto de los bienes pertenecientes á Doña Francisca Javiera Valderrama en 1.392 pesetas 75 céntimos, y representando el jornal de dos braceros en Ecija durante igual tiempo la cantidad de 1.095 pese-

tas, es evidente que exceden los productos en 297 pesetas 75 céntimos, y aun rebajando de esta suma las 233 pesetas 33 céntimos que se le repartieron de contribución, resultaría siempre ser superiores á dicho doble jornal, razón por la que no puede otorgársele los beneficios de la defensa gratuita:

Resultando que D. Camilo Gutiérrez Ravé, como marido de Doña Francisca Javiera Valderrama, interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1º El art. 18 de la ley de Enjuiciamiento civil, que otorga la pobreza cuando acumuladas las rentas del marido y de la mujer no lleguen al triple jornal de un bracero; porque se ha justificado en autos que el doble jornal de un bracero en la ciudad de Ecija es de 1.095 pesetas, y por consiguiente el triple debe ser 1.642 pesetas 50 céntimos; y se halla asimismo justificado que la renta líquida acumulada de ambos esposos es de 1.160, deducida la tributación, por cuyo motivo adolece la sentencia recurrida de un error capital, toda vez que no ha tenido en cuenta el citado art. 18 de la ley de Enjuiciamiento civil que se invoca para aplicarlo al caso presente:

2º Que en la sentencia recurrida ha habido error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, por cuanto se supone en la misma una renta que en realidad no se ha justificado ni por el Ministerio público ni por la parte demandada; al contrario, se halla probado cumplidamente que la renta, producto de los escasos bienes que poseían ambos consortes D. Camilo Gutiérrez Ravé y Doña Francisca Javiera de Valderrama, no alcanza de mucho á lo que suma el triple jornal de un bracero; se hacen en la sentencia recurrida consideraciones muy aventuradas y que se hallan muy lejos de haberse justificado en autos, y que han sido el fundamento de la sentencia, por lo cual se ha negado á esta parte el derecho de ser defendida en el concepto legal de pobre:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe el art. 18 de la ley de Enjuiciamiento que se cita en el primer motivo del recurso, ni contiene el error de hecho y de derecho que se le atribuye en el segundo, porque no sólo ha tomado en cuenta la Sala sentenciadora contra lo que se afirma en el recurso la disposición de dicho artículo, sino que citándolo declara inaplicable al caso el tipo regulador del triple jornal de un bracero, fundándose en que sobre haber formulado su demanda la misma parte recurrente en el hecho de que los bienes inmuebles poseídos por la sociedad conyugal pertenecen á la mujer, las pruebas practicadas con diverso y contradictorio objeto dan idéntico resultado, y no hay por lo tanto las rentas acumulables que requiere el citado artículo para fijar como tipo el triple jornal de un bracero en lugar del doble que la recurrente disfruta con exceso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Camilo Gutiérrez Ravé, como marido de Doña Francisca Javiera Valderrama, al que en tal concepto condenamos en las costas y al pago de la cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirá con arreglo á la ley; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Sevilla, con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 11 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1884.)

360

Recurso de casación (11 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—DESAHUCIO DE UNA DEHESA.—Ha lugar al interpuesto por el Marqués de Baamonde con D. Antonio Treviño (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

Que los contratos se deben calificar por las cláusulas esenciales que comprenden más bien que por el nombre que le diesen las partes al tiempo de su otorgamiento.

En la villa y corte de Madrid, á 11 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Jerez de los Caballeros y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres por Don Teófilo Rodríguez y Baamonde, Marqués de Baamonde, representado por el Procurador D. Angel Calvo y defendido por el Licenciado Don José María Llorente, con D. Antonio Treviño Botello, y en su nombre el Procurador D. Antonio Fernandez Campos, defendido por el Doctor D. Vicente Hernández de la Rúa, sobre desahucio de una dehesa:

Resultando que D. Teófilo Rodríguez Baamonde, Marqués de Baamonde, como marido de Doña Ana Fernández Vera de Aragón, dueña de las dehesas denominadas Sirgadas y Chanquilla, sitas en término de la ciudad de Jerez de los Caballeros, por medio de su apoderado en ella D. José María Méndez dió en arrendamiento por escritura de 26 de Octubre de 1881 á D. Antonio Treviño y Botello el arbolado de alcornoque de dichas dehesas, sólo para el aprovechamiento, disfrute y libre disposición del fruto de corcho que pudiera producir dicho arbolado por término de nueve años, á contar desde el día 29 de Setiembre anterior, y por el precio en cada uno de 6.000 pesetas, estableciéndose en las cláusulas del contrato la manera y la época en que había de verificarse la extracción del corcho, debiendo hacerse por personas hábiles y competentes y avisarse al propietario para que pudiera presenciar la extracción, obligación del arrendatario de hacer la limpia de la corcha primeriza, con igual aviso al propietario para inspeccionarla y determinar los árboles que debían ser objeto de ella, así como de las casqueras que habían de hacerse en los alcornoques, estableciéndose en la cláusula 8ª que se entendería rescindido el contrato en el caso de faltar á cualquiera de los pagos y á los plazos y condiciones estipuladas, aunque se hallasen hechos algunos de dichos pagos, quedando á beneficio del propietario todos los pagos anteriormente hechos y el arrendatario sin derecho á reclamar cosa alguna y aquél arrendar libremente y sin consideración alguna el corcho de sus dehesas, y en la cláusula 10 que no podría hacerse subarriendo de lo estipulado y pactado relativo á aquel contrato sin licencia y expreso consentimiento por escrito del dueño propietario de la dehesa, sin cuyo requisito, ó sea su asentimiento, sería nulo el subarriendo que se hiciera:

Resultando que en la misma ciudad de Jerez de los Caballeros se otorgó escritura en 19 de Julio de 1872, por la que D. Antonio Treviño y Botello, dueño en virtud del contrato de arrendamiento de que acababa de hacerse mérito y de que hizo referencia del corcho de fábrica

que en los nueve años de aquél pudiera producir el arbolado de alcornoque de las dehesas Sirgadas y Chanquilla, lo vendió á D. Joaquín Rodríguez Marqués, en representación de los Sres D. Henri Burkuall é hijos, del comercio de Londres, en precio de 54.000 pesetas, á razón de 6.000 pesetas por cada uno de los nueve años, pagaderos en la misma forma y plazos convenidos por Treviño con el Marqués de Baamonde, quedando rescindido el contrato en el caso de que los compradores faltasen á cualquiera de los pagos determinados y aunque se hallaren hechos algunos; y estableciendo asimismo la época y forma de las extracciones y obligación de limpia, debiendo avisar con un mes de anticipación á Treviño para que éste lo hiciera al Marqués á fin de que inspeccionara la extracción y marcara los árboles objeto de aquélla y cumplir las condiciones de la escritura de arrendamiento, que se obligó á respetar el representante de la casa de Londres; reproduciendo asimismo las condiciones relativas á la evicción y saneamiento y elección del domicilio para la celebración de contrato, aceptando uno y otro otorgante en lo que á cada cual era respectivo las condiciones de aquella escritura, que eran las mismas bajo las que Treviño había hecho suyo el producto de corcho de las deslindadas dehesas por virtud del contrato de 26 de Octubre de 1881, obligándose á su exacto cumplimiento:

Resultando que en 27 de Diciembre de 1882 dedujo D. Teófilo Rodríguez Baamonde, Marqués de Baamonde, como marido de Doña Ana Fernández Vera de Aragón, la demanda objeto de estos autos, en la que haciendo mérito de la escritura de arriendo primeramente referida y de las clausulas en ella estipuladas, tan legales y corrientes en la materia, expuso que no obstante aquellas estipulaciones, por todas y cada una de las cuales no podía Treviño titularse dueño de corcho alguno hasta que llegase el año 1888, tuviera entonces satisfechas todas las anualidades vencidas y hubiera cumplido fielmente las demas condiciones estipuladas, haciendo completa abstracción de todas ellas, había cedido y traspasado el arriendo á D. Henri Burkuell, de Londres, sin contar con el beneplácito del propietario ni de su administrador, aunque procurando maliciosamente bautizar este subarriendo y traspaso con el gratuito y peregrino carácter de compraventa, cual si aparecía todo de la escritura que habian otorgado; y que con ese subarriendo ó traspaso, á que se había dado la denominación impropia de compraventa, se había faltado ostensiblemente á lo estipulado por la décima cláusula del arrendamiento, tratándose de burlar las acciones y derechos establecidos por ella en favor del propietario; y citando como fundamentos de derecho las leyes que tratan del cumplimiento de los contratos, decreto de las Cortes de 1813, restablecido en 1836, que prohibe al arrendatario subarrendar sin la aprobación del dueño, y la doctrina conforme con dicho decreto de que una vez fijado el tiempo, precio y condiciones de un arrendamiento no es lícito á ninguna de las partes alterarlo, pidió se declarase por los trámites prescritos en los artículos 1590 y siguiente de la ley de Enjuiciamiento civil haber lugar al desahucio, previniendo al arrendatario D. Antonio Treviño que desalojara las dehesas arrendadas dentro del improrrogable término de 20 dias; bajo apercibimiento de ser lanzado de ellas sin consideración de ningún género y á su costa, con pérdida de todas las anualidades que tuviese pagadas hasta la fecha; declarando igualmente nulo, de ningún valor ni efecto para el propietario el subarriendo hecho por aquél á D. Joaquín Rodríguez Marqués con el supuesto carácter de

compraventa, sin perjuicio y á reserva de las acciones y derechos que correspondieran á su arrendatario contra el que le subarrendó indebidamente, con imposición de costas y gastos á Treviño por su falta de cumplimiento á lo contratado:

Resultando que convocadas las partes á juicio verbal, el representante demandado se opuso al desahucio, manifestando que no estaba conforme con los hechos, puesto que no era cierto que arrendara al Marqués de Baamonde las dehesas para el solo fin de aprovechar el corcho de sus alcornoques durante los nueve años del contrato; siendo lo cierto que arrendó el arbolado de alcornoque para aprovechar, disfrutar y disponer libremente del corcho de fábrica que criara dicho arbolado en los nueve años del contrato, como se ajustaba en la primera condición de la escritura, desde cuyo día adquirió la facultad de disponer libremente del corcho, sin otra limitación á su dominio pleno que la condición resolutoria establecida en la octava estipulación de dicho contrato: que dueño el demandado del corcho que produjeran las dehesas en el tiempo prefijado y mientras no faltase á lo pactado sobre el pago de las annalidades, había enajenado aquél, ó sea el que resultase á la terminación de los nueve años, en uso de su perfecto derecho, á D. Joaquín Rodríguez, en la representación que ostentaba; y que Treviño había cumplido con todas sus obligaciones:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia declarando no haber lugar al desahucio ni á la nulidad del contrato, sin hacer expresa condenación de costas; y que interpuesta apelación por el demandante, la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres la confirmó en 22 de Febrero del corriente año de 1883, condenándole en las costas:

Resultando que el Marqués de Baamonde interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° El art. 7° de la ley de 8 de Junio de 1813, restablecida en 6 de Setiembre de 1836, en el que terminantemente se ordena que el arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobación del dueño; porque fundada la demanda en que Treviño había subarrendado la finca al representante de la casa de Londres el arbolado de alcornoque de las dehesas que el recurrente había dado en arrendamiento á D. Antonio para que aprovechara el corcho de fábrica que criara el arbolado en los nueve años del contrato; y que en subarriendo que se realizó sin noticia siquiera del Marqués fué calificado de compraventa, no obstante expresarse que se hacía bajo las mismas condiciones prefijadas por el Marqués y aceptadas por Treviño en la escritura de arrendamientos al denegar el desahucio de la Sala sentenciadora por no existir á su juicio el motivo alegado por el recurrente, había cometido error de derecho proveniente de estimar como contrato de compraventa lo que no era otra cosa que un subarriendo con arreglo á las condiciones estipuladas y al fin que los contratantes se propusieron, que no fué otro sino el de que la casa de Londres se subrrogaba en todas las obligaciones del arrendatario Treviño; error de derecho que no sólo había sido causa de que se hubiera sancionado la sutileza ideada por el arrendatario para eludir las consecuencias que necesariamente había de producir el hecho de realizar un subarriendo, sino de que la Audiencia de Cáceres hubiera infringido la disposición legal citada:

2° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, que esta-

blece la fuerza de obligar de las convenciones y la especial del contrato, á la que las partes deben atenerse como suprema en la materia, toda vez que la sentencia calificaba equivocadamente de venta lo que no tenía ni podía tener otro carácter que el de subarriendo:

3° La jurisprudencia establecida por este Supremo Tribunal con uniformidad constante en multitud de sentencias, entre otras, las de 19 de Abril, 24 de Noviembre y 13 de Diciembre de 1859, 14 de Octubre de 1864, 24 de Febrero y 3 de Julio de 1868, 24 de Octubre de 1871 y 25 de Abril de 1874, en las que se declara que lo estipulado en un contrato obliga á los contrayentes y debe respetarse como ley especial en la decisión de las cuestiones que sobre lo que es objeto de la estipulación lleguen á suscitarse; y que es por tanto nula la sentencia que viola la ley del contrato ó que falle contra lo estipulado, é infringe la ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, que establece la fuerza de obligar de los contratos, toda vez, que la sentencia había reconocido que el arrendatario Treviño no podía subarrendar sin expresa licencia por escrito, sin cuyo requisito sería nulo el subarriendo; y que el contrato de venta celebrado por el arrendatario con el representante de la casa de Londres se hizo con las mismas condiciones que contenía el de arrendamiento;

Y 4° La jurisprudencia sancionada por este Supremo Tribunal en sus sentencias de 28 de Enero de 1859, 26 de Mayo y 17 de Setiembre de 1866, 16 de Noviembre de 1870 y 23 de Febrero de 1871, en las que se estableció que los contratos deben calificarse por las cláusulas esenciales que comprendan y por el objeto ó fin que se propusieran los contratantes al celebrarla más bien que por el nombre que les dieran las partes al tiempo del otorgamiento, porque apareciendo claramente que la escritura otorgada por Treviño á favor de Burkuall era de subarriendo de las dehesas y no de venta del corcho que las mismas produjeran, no sólo por consignarse las mismas condiciones de la escritura de arrendamiento, sino que por reproducirse textualmente las cláusulas más esenciales de ésta, la sentencia sin embargo desestimaba el desahucio y la nulidad consiguiente del subarriendo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que los contratos se deben calificar por las cláusulas esenciales que comprenden más bien que por el nombre que le diesen las partes al tiempo de su otorgamiento:

Considerando que bajo este concepto la Sala sentenciadora al calificar como compraventa el contrato consignado en la escritura de 19 de Julio de 1882 y no dar lugar al desahucio ha incurrido en el error de derecho é infracción de ley y del contrato que le atribuye el recurso, puesto que D. Antonio Treviño no se limitó á vender á D. Joaquín Rodríguez Marqués la corcha de fábrica que criara el arbolado de las dehesas Sirgadas y Chanquilla en los nueve años, por los cuales las tenía en arriendo, sino que se desprendió en absoluto del cuidado y explotación de las fincas, y las entregó al supuesto comprador para que las explotara con las mismas condiciones y por idéntica merced que él las recibiera, reservando solamente trasmitir al dueño los avisos que debían dársele antes de emprender ciertas operaciones en conformidad de las cláusulas 3ª y 5ª de la escritura de 26 de Octubre de 1881, y este acto es un verdadero subarriendo que le estaba expresamente prohibido en la cláusula 10 de dicha escritura, cuya trasgresión anula el contrato y da lugar á que el dueño pueda despedir al arrendatario por haber faltado á las condiciones estipuladas;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Teófilo Rodríguez Baamonde, Marqués de Baamonde; y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 22 de Febrero del corriente año 1883 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres, devolviéndose al recurrente el depósito constituído.—(Sentencia publicada el 11 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1884.)

361

Recurso de casación (12 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera*.—REIVINDICACIÓN Y ABONO DE PERJUICIOS.—Ha lugar en parte al interpuesto por D. José Cabecerán con Doña Teresa Benach y otros (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que la idea general de mejora no significa que ésta haya de consistir en una especial y determinada, ni podría significarlo en caso de duda sin ir contra el derecho que prohibe ampliar las obligaciones y entender las palabras de los contratantes en el sentido más favorable á la parte preponderante que pudo emplear otras adecuadas á su propósito.

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Diciembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Balaguer y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Doña Teresa Benach, viuda de D. Miguel Franco, vecina de dicha ciudad, y D. Antonio Biesca, propietario, como marido de Doña Venancia Franch y Benach, vecinos de Igualada, con D. José Cabecerán, propietario, vecino de Camarasa, sobre reivindicación de tierras y abono de perjuicios; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de D. José Cabecerán por el Procurador D. Pablo Soler, bajo la dirección del Licenciado D. José Gallostra, y sostenido en el acto de la vista por el Licenciado D. Juan Sol y Ortega, habiendo represêntado y defendido á la parte recurrida el Procurador D. Federico Grases y el Licenciado D. Laureano Figuerola:

Resultando que por escritura otorgada en Balaguer á 12 de Agosto de 1859, los consortes D. Manuel Franch y Font y Doña Teresa Benach establecieron perpetuamente á D. José Cabecerán y Bagils todas las tierras de cultivo ó de labranza con sus pertenencias y servidumbres que los otorgantes poseían en el término de Camarasa y partida de la Pana, de total cabida 90 jornales, entre los cuales existían 40 de tierra inculta, vendidos perpetuamente á dicho enfiteuta en aquel mismo día, estableciendo entre otros pactos y condiciones: primera, que el adquirente y los suyos deberían reconocer los estabilientes por señores directos de las tierras indicadas y pagarles censo ó canon anual que se diría: segunda, que el Cabecerán se obligaba á mejorar las tierras establecidas y á cultivarlas á uso y práctica de buen labrador, reponiendo las cepas y olivos si murieran conforme al estilo del país: tercera, que se obligaba igualmente el adquisidor á plantar de viña buena dentro del preciso término de dos años la pieza de tierra llamada de Gracia: cuarta, que los frutos que se recogieran en las tierras establecidas mientras se hallasen de secano percibirían los señores directos y los suyos la sexta parte íntegra sin descuento alguno, y en caso de que

pasára dicho patrimonio á ser de regadío cobrarían ó percibirían entonces los estabiiientes la cuarta parte de toda clase de frutos que él produzca; esto es, tres para el Cabecerán y la que hiciera cuarta los Franch:

Resultando que en 13 de Június de 1878 Doña Teresa Benach, viuda de D. Miguel Franch, por sí y como administradora legal de su hija Doña Venancia Franch, en cuya representación compareció después su marido D. Antonio Biesca, en la que expuso que en virtud de la escritura de establecimiento relacionada D. José Cabecerán y Bagils adquirió desde luego la posesión de la torre y tierras á que dicha escritura se refería que por su muerte venía después poseyendo á título de heredero su hijo D. José Cabecerán y Rubies: que lejos de cumplir uno y otro las obligaciones que el enfiteusis les impuso habían no sólo faltado á las reglas de buenos labradores, sino desmejorado la cosa establecida: que tanto era así, como que nunca habían empleado para las tierras los estiércoles resultantes de las cosechas, sino que los habían trasladado á otras de Cabecerán: que habían destruído muchos centenares de olivos que existían cuando se posesionaron de las tierras sin reponerlos, privando así de sus utilidades á los señores directos, y otro tanto habían hecho con una porción de cepas que existían en las tierras: que dichos Cabecerán venían poseyendo más extensión de terreno propio de las demandantes que el marcado por las escrituras que con los mismos había ajustado: que procurando la Compañía del Canal de Urgel ensanchar la zona de las tierras regables, había construído una nueva acequia hacía algunos años, con cuyas aguas podían regarse las tierras de la hacienda de la Torre de Franch establecidas al Cabecerán, sin que su sucesor actual hubiese querido utilizarse de este beneficio ni entregar la cuarta en vez de la sexta parte de frutos que venían percibiendo los señores directos; y después de alegar varios fundamentos de derecho, pidió se condenase á D. José Cabecerán á dimitir á favor de la demandante las tierras que procedentes de la hacienda de Franch poseía sin título, además de las expresadas en las escrituras de venta y establecimiento, á la indemnización de los frutos percibidos y podidos percibir por las que injustamente poseía, á la de los perjuicios causados á la demandante por la destrucción de los olivos y cepas que había en las tierras establecidas y los causados también dejando de plantar de viñas dentro del plazo señalado en el establecimiento la finca señalada en la escritura, á la de los que son consiguientes de haber sacado los abonos de este patrimonio para utilizarlos en otras tierras en perjuicio del enfiteusis: que se declarase que venía obligado á regar las tierras objeto del establecimiento, elevando el canon anual que han de percibir los Franch á la cuarta en vez de la sexta parte de los frutos que percibían, abonando también los perjuicios que se les habían irrogado no utilizándose del agua desde el momento que pudo hacerlo, y en el pago de todos los gastos y costas por su conocida temeridad:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. José Cabecerán, le evacuó pretendiendo se le absolviera de ella, con imposición de perpetuo silencio y costas á la parte actora, y al efecto alegó que á virtud de la venta y establecimiento hecho por D. Miguel Franch y su esposa se posesionó el padre del demandado de las tierras de la casa Franch, cuya posesión había continuado su hijo como su heredero, cultivándolas ambos á uso y práctica de buen labrador, dándolas las labores correspondientes, de manera que habían mejorado mucho: que

tampoco era cierto que el demandado poseyese más extensión de terreno propio de los Franch del que marcan las escrituras, y caso de que se probase lo contrario desde luego ofrecía su devolución: que no había regado las fincas de la Torre establecidas por no tener obligación á ello, y aun cuando la tuviera no podía hacérsele cargo por ello, puesto que la nueva acequia por donde pueden regarse databa sólo de un año, en cuyo tiempo no había podido hacerse por haberse de preparar antes las tierras, apareciendo de mucho coste y larga duración, que no se hace en un año ó dos: que no siendo obligatorio el regar las tierras establecidas, no podía considerarse como obligación el hacerlo, demostrándolo así el pacto consignado en la escritura que no arguye ni implica ninguna obligación de riego al demandado, sino que lo deja á su elección:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones; y practicadas las pruebas propuestas por aquéllas, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que fué confirmada en 12 de Diciembre de 1882 por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona, condenando al demandado D. José Cabecerán y Rubíes á que dentro del término de 10 días y previa tasación por peritos nombrados por las partes satisfaga á los demandantes el importe de los perjuicios que se le han irrogado por la falta de los olivos existentes en las fincas establecidas y no haber hecho la plantación de cepas en la estación y términos estipulados y á que desde el año próximo venidero utilice las aguas del Canal de Urgel para el riego de dichas fincas y satisfaga desde dicha época la cuarta parte de los frutos en lugar de la sexta con que contribuía en el día á los demandantes, absolviéndole de las demás reclamaciones por éstos intentadas en su demanda, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. José Cabecerán y Rubíes interpuso recurso de casación por haberse en su juicio infringido:

1° El contrato de establecimiento ó constitución de enfiteusis origen de este pleito, y especialmente los pactos 1°, 2° y 4°, el cual es la ley en la materia, según reiteradas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras las de 31 de Diciembre de 1857, 12 de Diciembre de 1861 y 21 de Febrero de 1871; porque en dicho contrato no se consignó que el dominio útil viniera obligado en ningún caso á convertir en tierras de regadío las de secano que le habían sido establecidas; y por consiguiente la sentencia en cuanto declara que el recurrente viene sujeto á mejorar las tierras de una manera determinada, esto es, convirtiéndolas en tierras de regadío, infringe el pacto que le obliga á mejorar las tierras dadas en enfiteusis, ya que hace derivar del mismo una obligación que ni expresa ni tácitamente se estipuló, y limita las facultades y derechos que al propio recurrente corresponden: que la sentencia infringe también el contrato en cuanto supone como obligatorio por parte del recurrente el regar, lo cual es meramente potestativo en él, según se desprende del pacto 4°; y al imponerle la sentencia la obligación de regar le ha impuesto una porción de obligaciones y gravámenes que representan, no una mejora cualquiera, sino una de tal naturaleza y cuantía que sólo puede realizarse mediante la inversión de un enorme capital:

2° La doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Abril de 1871, según la cual todo contrato válido y perfecto debe ser cumplido por los contrayentes con arreglo á sus literales con-

diciones, y lo consignado en sentencias de 11 de Diciembre de 1876 y 26 de Febrero de 1878, á tenor de las que los contratos deben entenderse llanamente, según sus palabras y como suenan, puesto que ni de las condiciones literales del contrato ni de las palabras del mismo entendidas llanamente y según suenan resulta la obligación que la Sala sentenciadora ha impuesto al recurrente de regar, ó mejor de convertir en tierras de regadío las que por su naturaleza y destino actual lo son de secano:

3° Las reglas de interpretación contenidas en las siguientes leyes del Digesto: la ley 39, tít. 14, libro 2° *De pactis*; la 36, parece debe ser 26, tít. 5°, libro 34, *De rebus dubiis*; la 38, párrafo diez y ocho, tít. 1°, libro 45, *De verborum obligationibus*; la 99, tít. 4°, parece debe ser 1°, libro 45, *De verborum obligationibus*; las 9, 172 y 20, tít. 17, libro 50, *De diversis regulis juris*; cuyas reglas de interpretación, dado que ésta fuera necesaria, que no lo es, pues el contrato origen del pleito es bastante claro en su sentido y en sus palabras, han sido infringidas en la sentencia, ya que en ella la duda ó ambigüedad no se ha resuelto en contra del vendedor, del que pudiendo hallar más claramente y dar la ley no lo hizo sino en perjuicio del adquisidor, del obligado y de las facultades y libertad de resolución y acción del dueño útil, y por otra parte en lugar de restringirse la obligación se ha extendido:

4° El párrafo segundo, cap. 2° de la Novela 7ª, y el cap. 8° de la Novela 120 del Emperador Justiniano, que reconocen y garantizan el derecho que en el enfitausis corresponde al señor útil de usar de la cosa enfitéutica como tenga por conveniente, mientras no empeore la condición de la misma; ya que el fallo al imponer al recurrente la obligación de regar las tierras establecidas le priva del derecho que tiene de seguir destinando estas tierras á cultivo de secano, restringiendo así su libertad jurídica y las facultades inherentes y esenciales al dominio útil:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia infringe la ley, doctrina y reglas invocadas en los tres primeros motivos, ya porque después de imponerse deberes categóricamente en las bases 2ª y 3ª se emplea en la 4ª un lenguaje hipotético y aparece en ella meramente potestativa la conversión del terreno de secano en el de regadío, y ya también porque sólo en virtud de una razón de analogía juzga la Sala sentenciadora que en la obligación de mejorar las fincas se sobreentiende la de hacerlas regables, bajo el concepto de que los buenos labradores y propietarios colindantes utilizan el riego á fin de obtener mayores rendimientos desde el momento en que se les ha presentado ó presenta la ocasión, como si para adquirir y dirigir aguas más ó menos fácilmente aprovechables no hubiera sido necesario expresarlo así en la convención, puesto que la idea general de mejora no significa que ésta haya de consentir en una especial y determinada, ni podría significarlo en caso de duda sin ir contra el derecho que prohibe ampliar las obligaciones y entender las palabras de los contratantes en el sentido más favorable á la parte preponderante que pudo emplear otras adecuadas á su propósito;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Cabecerán, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona en lo que se refiere al punto del recurso, ó sea en cuanto condena á Cabecerán á que utilice las aguas del

Canal de Urgel para el riego de las fincas de que se trata, y satisfaga la cuarta parte de los frutos en lugar de la sexta con que viene contribuyendo en el día á los demandantes: devuélvase al recurrente el depósito que constituyó.—(Sentencia publicada el 12 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1884.)

362

Recurso de casación (12 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA.—Ha lugar al interpuesto por Don Joaquín de la Quintana con Doña Aurora Mendieta (Audiencia de Burgos), y se resuelve:

1º *Que la ley* 16, *tít.* 22, *Partida* 3ª, *y el art.* 544 *de la ley de Enjuiciamiento civil imponen el deber al juzgador de resolver clara y concretamente sobre los extremos que comprenden la demanda del actor y la reconvención del demandado;*

Y 2º *Que formulada en tiempo, ante el Juez competente por razón de la materia y sustanciada en el juicio correspondiente con arreglo á la ley la reconvención propuesta por el demandado, ha debido estimarse ó desestimarse terminantemente en la sentencia, sin que fuese obstáculo para hacerlo la improcedencia ó defectos de la demanda, porque no pueden afectar á la reconvención que según la jurisprudencia constante es una nueva y verdadera demanda deducida enfrente de aquélla.*

En la villa y corte de Madrid, á 12 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos por Doña Aurora Mendieta y Lallave, domiciliada en esta corte, con su marido D. Joaquín de la Quintana y Osante, propietario, vecino de Bilbao, sobre constitución de hipoteca, y por vía de reconvención sobre restitución de la demandante al domicilio conyugal y devolución de alhajas en el concepto de dotales; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Doctor D. Eugenio Montero Ríos y el Procurador D. Daniel Doze, en defensa y representación de D. Joaquín de la Quintana, habiendo sido defendida y representada la recurrida por el Doctor D. Julián de Mendieta y el Procurador Don Francisco Quintín Fernández:

Resultando que en 26 de Octubre de 1881 dedujo Doña Aurora de Mendieta demanda civil ordinaria en el Juzgado de primera instancia de Bilbao con la solicitud de que se condenara á su marido D. Joaquín de la Quintana á que en un breve y perentorio término constituyese hipoteca especial sobre los bienes inmuebles y derechos reales que le pertenecían y de que podía disponer en la actualidad en garantía de la dote estimada y arras que la demandante había aportado á su matrimonio, invocando al efecto en apoyo de su derecho los artículos 158, 159, 160, 168, 169, 178 y 182 de la ley Hipotecaria:

Resultando que D. Joaquín de la Quintana contestó esta demanda pidiendo que se le absolviese de ella y se condenase á la demandante por vía de reconvención que establecía, á que se restituyese al domicilio conyugal, presentase á su marido la debida obediencia, absteniéndose de administrar los bienes del matrimonio y de celebrar contratos

sin la debida licencia, y le entregase y le devolviese las alhajas que formaban parte de su dote, y aumento de la misma que constaban en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada entre ambos en 31 de Julio de 1863; alegando respecto á la demanda que nunca se había negado á hipotecar algunos de los bienes que en ella se designaban en seguridad de la dote y arras de su mujer, y haciendo presentes las razones que impedían la constitución de dicha hipoteca en los demás bienes designados en la demanda; y en apoyo de la reconvención que su mujer residía en esta corte en compañía de su padre contra su expresa voluntad, y á pesar de haberla requerido para que volviese al domicilio conyugal, conforme constaba de un acta notarial levantada á este efecto, no lo había verificado; que no bastaba para justificar tal conducta alegar que había salido de Bilbao en compañía de su padre de conformidad con su marido, pues si entonces había existido esta conformidad y acuerdo, después en correspondencia particular y en el acto antes indicado, por razones que no era preciso exponer, le había pedido y rogado primero y ordenado después que se restituyese á su domicilio: que á su salida de Bilbao se llevó consigo todas las alhajas y prendas de vestir que figuraban en la escritura de capitulaciones matrimoniales como dote y arras, y muchas otras alhajas de considerable valor, pertenecientes todas en plena propiedad y dominio á su marido; y habiéndola requerido por ante Notario para que le devolviese dichas alhajas, había contestado que había dispuesto de ellas por ser de su propiedad: que la mujer casada debe obedecer á su marido y vivir en su compañía, según lo dispuesto en el art. 47 de la ley de 18 de Junio de 1870: que la mujer casada no puede administrar sus bienes y los de su marido ni celebrar contratos sin licencia de éste, siendo nulos los actos de esta especie que ejecutare, según los artículos 49 y 50 de la misma ley; y que los bienes entregados al marido en calidad de dote estimada pasan á ser de su propiedad:

Resultando que absolviendo posiciones durante el término de prueba declaró Doña Aurora de Mendieta á instancia de su marido que era cierto que desde que contrajo matrimonio había tenido siempre en su poder y á completa disposición todas las alhajas y ropas que figuraban en la escritura de capitulaciones matrimoniales y algunas otras que le había comprado después su marido: que también era cierto que al venir á Madrid en Mayo de 1880 se trajo consigo todas las alhajas susodichas, así como los chales de la India y encajes que también figuraban en la escritura referida: que igualmente era exacto que había recibido varias cartas de su marido, en las que le suplicaba y mandaba que volviese á su casa y domicilio de Bilbao; y que además había sido requerida para el mismo objeto por ante Notario, pero no había querido volver á poder de su marido porque según el mismo decía vivía del embrollo:

Resultando que en 27 de Febrero próximo pasado dictó sentencia en este pleito la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, conforme en parte y revocatoria en otra parte de la que había dictado en primera instancia el Juez de Bilbao, desestimando la demanda y la reconvención y absolviendo de ambas respectivamente á D. Joaquín de la Quintana y á Doña Aurora de Mendieta en la forma en que habían sido denunciadas:

Resultando que D. Joaquín de la Quintana y Osante interpuso recurso de casación por considerar á su juicio como infringidas:

1º Las leyes 15 y 16, tít. 22, Partida 3ª, que ordenan al juzgador que resuelva en la sentencia sobre lo que le han pedido, no sólo el demandante, sino también el demandado en el pleito; el art. 554 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el que también se ordena que se resuelva en la sentencia sobre la que se hubiese pedido en la reconvención, y la doctrina legal consignada por este Tribunal Supremo en sentencias de 12 de Mayo de 1860 y 28 de Abril de 1869, según la cual con arreglo á lo dispuesto en el artículo de la ley de Enjuiciamiento anterior, que disponía lo mismo que el que se acaba de citar de la actual, el juzgador debe resolver en la sentencia, no sólo las cuestiones promovidas en la demanda, sino también las que se hubiesen promovido en la reconvención; en el concepto de que se ha dejado de resolver en la sentencia recurrida sobre la reconvención deducida por el recurrente, absteniéndose de admitirla ó desestimarla, no porque fuese justo ó injusto lo que en ella se pedía, sino tan sólo por un vicio de procedimiento peculiar á la demanda, pero no extensivo á la reconvención, puesto que es indudable, y en la sentencia se dice lo contrario, que ésta por razón de su objeto requería las solemnidades del juicio declarativo, que fueron las que se emplearon en el pleito:

Y 2º El texto de los artículos 45 en su párrafo segundo, 48 en el párrafo primero, y 49, capítulo 5º de la ley provisional de matrimonio civil de 18 de Junio de 1870, en las que se dispone que el marido tiene el derecho de administrar los bienes de su mujer y que ésta debe vivir en su compañía y no puede administrar sus bienes ni los de su marido sin su licencia, ó á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriben; por cuanto al fallo recurrido no condena, según pidió el recurrente en su reconvención á su legítima mujer Doña Aurora de Mendieta, á que se restituya al domicilio conyugal y devuelva las alhajas de que indebidamente se apoderó y conservaba en su poder para que su marido las administre:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que la Sala sentenciadora al absolver á Doña Aurora de Mendieta de la reconvención propuesta por su marido en la forma que lo fué no expone razón alguna en contra de ella, sino que se funda exclusivamente en que por ser improcedente la demanda de la Doña Aurora lo es también la reconvención, y no puede prosperar ninguna de las dos reclamaciones:

Considerando que la ley 16, tít. 22, Partida 3ª y el art. 544 de la ley de Enjuiciamiento civil imponen el deber al juzgador de resolver clara y concretamente sobre los extremos que comprendan la demanda del actor y la reconvención del demandado:

Considerando que la que D. Joaquín de la Quintana formuló en tiempo ante Juez competente por razón de la materia se ha sustanciado en el juicio correspondiente con arreglo á la ley y ha debido estimarse ó desestimarse terminantemente sin que fuese obstáculo para hacerlo la improcedencia ó defectos de la demanda, porque no puede afectar á la reconvención que según la jurisprudencia constante es una nueva y verdadera demanda deducida enfrente de aquella:

Considerando que por lo tanto la sentencia recurrida infringe las disposiciones legales de que se ha hecho mérito y que se invocan en el primer fundamento del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Joaquín de la Quintana, y en su con-

secuencia casamos y anulamos la sentencia dictada en 27 de Febrero último por la Sala de lo civil de la Audiencia de Burgos, solamente en la parte que absuelve á Doña Aurora de Mendieta de la reconvención propuesta por su marido en la forma en que lo fué.—(Sentencia publicada el 12 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1884.)

363

Recurso de casación (13 *de Diciembre de* 1883).—*Sala tercera.* —ENTREGA DE CUENTAS.—No se admite el interpuesto por D. Eusebio García de la Torre con D. Justo Piñuela (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que al auto que no contiene contradicción alguna en sus disposiciones, no le es aplicable la causa 4ª del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues que sólo se refiere al caso de que el fallo contenga disposiciones contradictorias;*

Y 2° Que no procede el recurso de casación contra los autos que dictan las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de las sentencias.

Resultando que deducida demanda por D. Eusebio García de la Torre contra D. Justo Piñuela para que rindiera cuenta de las cantidades que obran en su poder, pertenecientes á la Sociedad que había formado para proveer de muebles y enseres á los teatros y casas particulares, entregando el saldo á fin de que reunidos con los demás bienes de la Sociedad se procediese á su partición entre ambos socios; y que seguido el juicio por dos instancias, la Sala primera de la Audiencia del distrito por sentencia de 22 de Noviembre de 1875 condenó á D. Justo Piñuela á que rindiera cuenta de la Compañía á D. Eusebio García de la Torre, teniendo en consideración los papeles de las liquidaciones ya practicadas y el sueldo de 112 rs. semanales señalado á Piñuela, y mandando que liquidadas que fueran se dividiese el líquido que resultase y demás bienes pertenecientes á la Sociedad entre los dos socios por iguales partes:

Resultando que declarado sin lugar el recurso de casación que Don Justo Piñuela interpuso, y devueltos los autos al Juzgado de primera instancia, presentó aquél una cuenta de los ingresos y gastos habidos con motivo de la relacionada empresa, arrojando el haber un total de 144.354 rs. 50 céntimos, el debe 33.744 rs., y el saldo á favor de Piñuela 110.610 rs. 50 céntimos: que comunicados los autos con la cuenta á D. Eusebio García de la Torre, después de resueltos varios incidentes evacuó el traslado, exponiendo que rechazaba la cuenta presentada por Piñuela porque ni se ajusta á la ejecutoria de cuyo cumplimiento se trata ni aparecía en muchos puntos justificada; y concluyó solicitando que teniéndose por impugnadas las cuentas, se ordenase fueran reformadas con arreglo á lo dispuesto por la ejecutoria de 22 de Noviembre de 1875 y teniendo en consideración los reparos formulados y una vez hecho así aprobar la liquidación, mandando se llevase á efecto la división de la Sociedad:

Resultando que conferido traslado á D. Justo Piñuela, le evacuó

pretendiendo se desestimase los reparos hechos de contrario á la cuenta rendida por el mismo: que recibido el incidente á prueba y practicadas las propuestas por las partes, el Juez de primera instancia por sentencia de 29 de Setiembre de 1881 declaró haber lugar á la rectificación y reforma de las cuentas presentadas por D. Justo Piñuela en obedecimiento de la ejecutoria que así lo acordó; condenándole en su virtud á que en el término de 20 días las reformase bajo las bases y en la forma que se expresaban:

Resultando que confirmada dicha sentencia con la cualidad de auto por el que proveyó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este distrito en 14 de Junio de 1882, D. Eusebio García de la Torre interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el caso 4° del art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, protestando interponer en su caso y lugar el recurso de casación por infracción de ley:

Resultando que declarado por esta Sala no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, el D. Eusebio García de la Torre formuló el fundado en infracción de ley, citando las disposiciones y doctrinas legales que en su concepto lo habían sido; y oído el Ministerio fiscal, se opuso á la admisión:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María Méndez:

Considerando que el auto recurrido no tiene contradicción alguna en sus disposiciones, y por consiguiente no es aplicable al mismo la causa 4ª del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil en que se funda el recurso de casación por infracción de ley y doctrina de que se trata, pues que sólo se refiere al caso de que el fallo contenga disposiciones contradictorias:

Considerando que por más que se pretenda hacer consistir legalmente cierta contradicción entre las disposiciones del mencionado auto y las de la sentencia ejecutoriada, no existe tampoco, porque si bien se mandó en ésta que se procediera á la liquidación teniendo en consideración los papeles de las liquidaciones ya practicadas y el sueldo señalado á Piñuela, no se excluyó el que se tomaran en cuenta los créditos favorables ó adversos que aunque fuesen anteriores á dichas liquidaciones parciales se estimase procedentes en la general, como ha sucedido:

Considerando que el referido auto no es susceptible de casación, y por lo tanto no ha lugar á admitir el expresado recurso á que ha dado origen, ya por lo expuesto y ya por lo preceptuado en el art. 1695, en armonía con lo dispuesto en el 944 y el núm. 3° del 1729 de la misma ley citada, toda vez que no procede contra los autos que dictan las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de las sentencias, en cuyo caso se está, y no en el de la excepción de haberse llegado á proveer en contradicción con lo ejecutoriado, como se supone, porque no ha ocurrido así, según queda demostrado en las consideraciones anteriores;

No ha lugar, con las costas, á la admisión del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Eusebio García de la Torre: publíquese este auto en la *Gaceta*, é insértese en la *Colección legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias; líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito, con devolución de los autos remitidos por la misma.—(Sentencia publicada el 13 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Febrero de 1884.)

364

Recurso de casación (14 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Mejor derecho á unos bienes vinculados.—Ha lugar al interpuesto por D. Vicente Rubio Armengol con D. Matías Guillén (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

1º *Que la ley* 1ª, *tít.* 17, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación, si bien establece que los mayorazgos se puedan probar por la escritura de fundación, por testigos, ó por costumbre inmemorial, no determina que estos tres medios sean los únicos admisibles para acreditar su existencia sin que por lo tanto se halle excluido cualquiera otro que merezca entera fe y crédito;*

Y 2º *Que la persona que al restablecerse en* 30 *de Agosto de* 1836 *la ley de* 11 *de Octubre de* 1820, *se hallaba en posesión de unos vínculos por haber sucedido en ellos á su padre, y en virtud también de la ejecutoria que puso término al pleito suscitado entre la misma y otro que pretendió ser el llamado, no puede dudarse que á la vez que obtuvo por la citada ley desvinculadora la facultad de disponer de la mitad de los bienes que constituían dichos vínculos, quedó obligada á reservar la otra mitad para el inmediato sucesor; y la sentencia que lo desconoce, infringe la voluntad de los fundadores de dichos vínculos, suprema ley en la materia, y á la que hay que acomodar las disposiciones de la ley de* 11 *de Octubre de* 1820, *según su literal contexto y además el art.* 2º *de esta misma ley y la expresada ejecutoria.*

En la villa y corte de Madrid, á 14 de Diciembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Serranos de la ciudad de Valencia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Vicente Rubio Armengol, propietario, vecino de Sagunto, con D. Matías Guillén y Crespo, propietario, vecino de Valencia, sobre mejor derecho á bienes vinculados y nulidad de ciertas diligencias de división y adjudicación; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de D. Vicente Rubio Armengol por el Procurador D. Patricio García Alcañiz, bajo la dirección del Licenciado D. Cirilo Amorós, habiendo representado y defendido á D. Matías Guillén y Crespo el Procurador D. Pedro García González y el Licenciado D. Eduardo Gadea:

Resultando que por escritura otorgada en 29 de Enero de 1649 Don Gaspar Armengol y su mujer Doña Francisca Cubertorer hicieron donación á su sobrino D. Gaspar Armengol y Cubertorer de varios capitales de censos y debitorios con efecto inmediato ó como de libre disposición, y además de varios bienes raíces y capitales que detallaron para después de los días de los donantes, pero éstos con el carácter de vinculados; mandando que á la muerte del donatario pasasen dichos bienes sin distracción alguna al hijo mayor varón de aquel que sobreviviese: que si dicho hijo faltase sin hijos legítimos pasasen los referidos bienes al segundo hijo varón del Gaspar Armengol, si viviese, y faltando éste sin hijos pasasen los bienes á los otros hijos varones del mismo, siguiendo así de unos en otros hermanos varones; y si sucediese que no hubiese hijos varones de dicho Gaspar Armengol, pasasen los bienes á

las hijas del mismo que viviesen ó á los hijos de éstas por iguales partes y de libre disposición: que si el Gaspar falleciese sin hijos legítimos, fueran y pertenecieran los bienes sin distracción ni disminución alguna al más próximo pariente varón y mayor de edad que se encontrase del apellido Armengol, siendo seglar, y faltando éste sin hijos legítimos sucediera el otro pariente más próximo varón, mayor de edad y seglar de dicho apellido; y no habiendo parientes varones seglares sucediera en la vinculación cualquier eclesiástico de dicho nombre que fuese Capellán y no religioso: que si llegase el caso de faltar sucesores del apellido del fundador varones sin hijos, sucedieran las mujeres que se encontrasen más próximas parientas del último que muriese y hubiese sucedido en dichos bienes:

Resultando que 5 de Enero de 1765 otorgó testamento D. Félix Aujón, por el que instituyó por su heredera usufructuaria á su esposa Doña María Francisca Cubertorer, y por muerte de ésta en el caso de contraer nuevo matrimonio, á su sobrino D. Manuel Armengol, hijo de Doña Lucrecia Aujón y de D. Alejo Armengol, con el expreso gravamen y condición de que con motivo ni pretexto alguno no pudiera enajenar bienes algunos, sitios y raíces de la herencia, pues todos éstos se habían de agregar al vínculo que estaba poseyendo el citado D. Manuel Armengol, sujetos á los mismos llamamientos, capitales y circunstancias á que estaban tenidos y obligados los demás bienes del vínculo en su fundación:

Resultando que D. Manuel Armengol y Aujón, que vino poseyendo las dos vinculaciones y además otra fundada por D. Calixto Armengol, falleció dejando por hijos á D. Ramón y D. José Armengol, sucediéndole el primero como mayor de edad en las tres vinculaciones y dejando á su fallecimiento como hija única á Doña Pascuala Armengol; y asimismo el D. José Armengol, que falleció después, dejó por única hija á Doña Ramona Armengol, madre del demandante D. Vicente Rubio Armengol, y Doña Carmen, primera consorte del demandado Don Matías Guillén:

Resultando que seguido pleito por caso de corte y todas instancias entre la Doña Pascuala y Doña Ramona Armengol, en el que la primera pretendió que se declarasen de su pertenencia los bienes de las referidas vinculaciones y de la de D. Calixto Armengol, ya que como sucesora de su padre D. Ramón se le había conferido la posesión natural y civil de las mismas, y se condenase á la Doña Ramona á la restitución de los bienes con los frutos; se terminó el pleito por sentencia que en grado de segunda suplicación dictó el Consejo de Castilla, confirmatoria de la de revista dictada por la Audiencia de Valencia, absolviendo de la demanda á dicha Doña Ramona en cuanto al vínculo fundado por D. Gaspar Armengol y Doña Francisca Cubertorer y á la agregación hecha por D. Fèlipe de Aujón, y declarándose pertenecer a Doña Pascuala la fundada por D. Calixto Armengol:

Resultando que en su consecuencia la Doña Ramona Armengol, casada con D. Enrique Rubio, poseyó los bienes indicados de las vinculaciones de D. Gaspar Armengol y la agregación de D. Félix de Aujón hasta su fallecimiento, ocurrido en 26 de Enero de 1870, dejando por hijos, constituídos en la menor edad, á D. Vicente y Doña Carmen Rubio, á quienes había nombrado por herederos en su testamento otorgado en 26 de Junio de 1869, y en virtud del cual se procedió á la división y adjudicación de los bienes que componían la herencia de Doña

Ramona entre sus dos citados hijos, cuya adjudicación se hizo por mitad por el contador nombrado por el curador de dichos menores y bajo el supuesto de que todos los bienes habían pertenecido en propiedad y de libre disposición á la testadora:

Resultando que por auto de 28 de Junio de 1872 se aprobó cuanto había lugar en derecho la citada partición mandando que se protocolizara; en 31 de Octubre del mismo año se presentó escrito por el curador de los referidos menores, exponiendo que después de hecha la partición se habían hallado documentos que probaban la cualidad de vinculados de varios bienes de Doña Ramona Armengol, por lo cual de acuerdo con el contador y con el dictamen de varios Abogados se había convenido en que debía reformarse la partición por deber reservarse la mitad al menor inmediato: que cuando se estaban practicando diligencias al efecto, ocurrió el enlace de D. Matías Guillén con la Doña Carmen Rubio, al cual se le dió conocimiento de cuanto había pasado, y se opuso privadamente á que se hiciese nueva división, y creyendo el curador que con ello se perjudicaban los intereses del D. Vicente Rubio como inmediato sucesor de las vinculaciones, pidió que se suspendiese la protocolización acordada, á lo cual declaró el Juez no haber lugar por auto de 2 de Noviembre del citado año de 1872:

Resultando que en 11 de dicho mes de Noviembre de 1872 falleció Doña Carmen Rubio bajo el testamento que había otorgado en 29 de Agosto anterior, instituyendo por su heredero á su referido esposo Don Matías Guillén, el que en su virtud adquirió los bienes que fueran adjudicados á la Doña Carmen á la defunción de su madre:

Resultando que en 1° de Julio de 1881 D. Vicente Rubio Armengol dedujo demanda ordinaria acompañando entre otros documentos una Real ejecutoria librada por el Consejo de Castilla; y después de hacer mérito de los antecedentes relacionados que en su mayor parte constan en dicha ejecutoria, alegó que á no haberse publicado las leyes desvinculadoras el demandante, como primogénito y único hijo varón de Doña Ramona Armengol, nacido en 12 de Julio de 1852, hubiera sucedido á dicha su madre en la posesión de los vínculos, con arreglo á las leyes de su fundación; pero las disposiciones de aquéllas no le reservaron otros derechos que el de adquirir de libre disposición la mitad de los bienes que constituían aquellos mayorazgos: que los fundados por D. Gaspar Armengol y su consorte y el fundado por D. Félix de Aujón debían considerarse como uno solo: que ambos fueron por su fundación irregulares de simple masculinidad: que después se convirtió en regular por falta de sucesores varones del nombre y haber dispuesto el fundador para este caso que entrasen a suceder las hembras más próximas parientes del último poseedor: que D. José Armengol sucedió á su hermano D. Ramón, y no dejando más hijas que á Doña Ramona, á ésta se trasmitieron sus derechos por ministerio de la ley: que al fallecimiento de ésta debió adjudicarse en concepto de libre á su hijo D. Vicente Rubio, el demandante, como inmediato sucesor, la mitad reservable de los bienes vinculados, en conformidad á las leyes de desvinculación: que es nula la división de bienes practicada á la defunción de Doña Ramona Armengol por haberse dividido por mitad entre sus herederos los bienes que poseyó como vinculados; que el demandado D. Matías Guillén, como heredero de su esposa Doña Carmen, y poseedor de los bienes adjudicados á ésta, venía obligado á entregar al demandante la cuarta parte de los que constituyen dichos dos vincu-

los con los frutos percibidos y podidos percibir, y que el resistir las reclamaciones del demandante hacía incurrir al demandado en la nota de temeridad manifiesta, por lo que debía ser condenado en costas; y después de citar en apoyo de sus alegaciones las leyes 1ª, tít. 24, libro 11 de la Novísima Recopilación, la de 22 de Octubre de 1820, y la 8ª, tít. 22, Partida 3ª, y concluyó solicitando que se declarase que como hijo único varón de Doña Ramona Armengol debió haberse considerado como el inmediato sucesor de la misma en los referidos vínculos que ésta poseyó, siendo en su consecuencia nula y de ningún valor ni efecto la división de bienes antes expresada, y por todo ello se condenase y D. Matías Guillén, como heredero de su esposa Doña Carmen Rubio á poseedor de dichos bienes, á que dentro de nueve días restituyera al demandante la cuarta parte de los bienes en que constituían dichos dos vínculos, ó en otro caso su estimación con los frutos producidos y podido producir desde que entró en la posesión de los mismos ó desde que lo hiciera su difunta esposa, y al pago de todas las costas y gastos del juicio:

Resultando que al contestar á la demanda D. Matías Guillén pidió que se le absolviera de ella, y al efecto expuso que aquélla era temeraria é improcedente, ya se le considerase en su fondo, ya en su forma, porque D. Vicente Rubio carecía de derecho para entablarla, y porque ejercitando la acción reivindicatoria, aunque expresaba utilizar la que llamaba mixta de reivindicatoria y personal, debería probar que Guillén se hallaba en posesion de los bienes que reclama, y no solamente prescindía de este requisito, sino que ni aun designaba cuáles fueran, ni probaba su procedencia vincular, ni daba justificación alguna del arbol genealógico que acompañaba: que la demanda extraña la afirmación de que Doña Ramona Armengol poseyó como vinculados los bienes del mayorazgo fundado por D. Gaspar Armengol y la agregación de Aujón, y que D. Vicente Rubio hubiera sido el inmediato sucesor en dichos vínculos si no se hubiera publicado la ley desamortizadora, y prescindiendo de demostrarlo parte de tal supuesto para deducir la nulidad de la división de la herencia de Doña Ramona en cuanto á sus bienes, que como libres que eran fueron adjudicados por iguales partes según disposición de la testadora á sus dos hijos únicos y herederos, haciendo caso omiso del vínculo: que si los vínculos pasaron sucesivamente á las personas que expresaba el demandante hasta llegar á D. José Armengol, al fallecimiento de éste quedaron extinguidos, sucediéndole como única y universal heredera su hija Doña Ramona, que adquirió libres y sin ningún gravamen los bienes que anteriormente los formaron: que tal era la conclusión que se deducía de la ejecutoria presentada por el demandante, no siendo cierto que en ella se declarara haber sucedido Doña Ramona en dichos vínculos, pues las sentencias se limitaron á absolverla de la demanda de Doña Pascuala Armengol y no hicieron declaración alguna en lo tocante á dichos bienes: que lo mismo podían pertenecer á Doña Ramona como sucesora y única heredera de su padre en un concepto que en otro, pues no aparecen los fundamentos de dichas resoluciones, probando únicamente que Doña Pascuala no tenía derecho á los bienes que vincularon D. Gaspar y Don Félix, pues en caso contrario no hubiera sido absuelta de la demanda Doña Ramona: que el demandante no pudo jamás tener como primogénito y único hijo varón de Doña Ramona el carácter de sucesor de los vínculos por no haberlos poseído su madre en este concepto y por no

convenir en el mismo las condiciones exigidas por los fundadores: que en la partición de que se trata no se desconocieron derechos del demandante, pues sobre los bienes de la herencia no pesaba gravamen ni vínculo de ninguna clase, y por consiguiente ningún perjuicio se irrogó, no constando tampoco en la herencia los bienes que vinculó Don Gaspar Armengol ni consta que de los mismos los hubiese de semejante procedencia: que atendiendo á que D. Gaspar Armengol exigió siempre en los llamados á poseer el vínculo la cualidad de varón de su apellido, se comprende que el mayorazgo no era de masculinidad, como suponía el demandante, sino agnaticio, ya que á no descender de varón hubieran perdido los parientes el apellido de Armengol y sólo de varón en varón podían conservarle, cualidad de que carecía el demandante: que ya que siendo irregular la vinculación ningún derecho podía tener el demandante por no reunir las cualidades exigidas por los fundadores, y si hubiera sido regular ningún derecho tampoco había de asistir por estar en mejor línea que él Doña Pascuala Armengol y su descendencia: que lejos de haber sido llamados á suceder en el vínculo en defecto de parientes varones del apellido las hembras más próximas parientes del último poseedor, cual supone el demandante, fueron llamadas á adquirir los bienes como herederas del que últimamente los poseyese, pues no de otro modo se explica el silencio del fundador que termina en absoluto los llamamientos sin añadir una palabra acerca del orden que en lo sucesivo hubiera de observarse, tratándose del momento en que si continuase el mayorazgo eran más necesarias dichas instrucciones que daba en los casos precedentes; y que siendo libres por expresa disposición del testador los bienes desde el momento en que por muerte de D. José Armengol pasaron á poder de su hija única y heredera Doña Ramona, nada tuvo ésta que reservar á su hijo el demandante, y no adolecía de vicio alguno la partición, siendo por tanto temeraria la demanda:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones: que recibido el pleito á prueba y practicadas las propuestas por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpusieron apelación ambas partes, y sustanciada la alzada la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia, por sentencia de 14 de Febrero último revocando la del Juez, absolvió á D. Matías Guillén de la demanda interpuesta por D. Vicente Rubio Armengol, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que D. Vicente Rubio Armengol interpuso recurso de casación, alegando como infringidos:

1° El art. 524 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sólo hace precisa la determinación de la clase de acción que se ejercita cuando por ella haya de terminarse la competencia, al resolver la Sala sentenciadora que el recurrente debió haber utilizado en su demanda la acción reivindicatoria al objeto que en ella se proponía, siendo así que no era necesario el ejercicio de tal acción para determinar la competencia:

2° Las sentencias de este Tribunal Supremo de 14 de Julio de 1875, 31 de Enero de 1878, 10 de Octubre de 1879 y 9 de Noviembre de 1881, que declaran que es bastante el ejercicio de la acción real para obtener la declaración de inmediato sucesor en unas vinculaciones y para la reclamación de la mitad reservable, y que no obsta que una acción se califique de mixta sin serlo, con tal que se designe lo que se pide con claridad y precisión que permita su naturaleza, porque el recurrente, que

no tenía obligación de determinar la clase de acción que ejercitaba con arreglo á las novísimas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, ejerció la acción real, por más que por las naturalezas de sus reclamaciones dijera que usaba la acción mixta de la real y personal, queriendo decir con ello que ejercitaban la doble acción ó las dos acciones real y personal, con lo que procedió de conformidad á las disposiciones citadas de este Tribunal Supremo:

3º La ley 1ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, al consignarse en la sentencia que los medios que dicha ley establece son los únicos legales para probar la existencia de las vinculaciones, puesto que lo que dicha ley ordena es que los mayorazgos se puedan probar por la escritura de su fundación, por la de la licencia del Rey, por testigos y por costumbre inmemorial, sin excluir una ejecutoria dada en unos pleitos sobre mayorazgos y sobre el mejor derecho á poseer y suceder en ellos, y en la que además están insertas las escrituras funcionales y una información de siete testigos en crédito de haber poseído dichos mayorazgos uno de sus sucesores:

4º Que al no estimarse la Real ejecutoria que se acompañó con la demanda librada por el Consejo Real de Castilla con todas las formalidades y requisitos legales como prueba bastante de la existencia del vínculo fundado por D. Gaspar Armengol y Doña Francisca Cubertorer y de la agregación de D. Félix Aujón, se infringían las leyes 1ª, 28 y 109 del tít. 18, Partida 3ª, que dan á dicha ejecutoria la fuerza, validez y eficacia de una escritura ó carta de sentencia definitiva; la ley 1ª, tít. 12, libro 4º de la Novísima Recopilación, que manda que todos, de cualquiera ley, clase, estado, condición y preeminencia que sean, obedezcan y cumplan las cartas que fueren libradas por el Consejo, según lo en ellas contenido; y el art. 598 de la ley de Enjuiciamiento civil, que declara eficaces en juicio sin necesidad de cotejo las ejecutorias y certificaciones ó testimonios de sentencias firmes expedidas en legal forma por el Tribunal que los hubiere dictado:

5º Que al hacer constar la Sala sentenciadora que de la citada Real ejecutoria sólo podía deducirse la existencia de un vínculo irregular y la agregación de otro de igual condición de cuyo disfrute están excluídas las hembras, se ha infringido: primero, las sentencias de vista y revista, dictadas por la Audiencia de Valencia en 9 de Mayo de 1817 y 22 de Octubre de 1818, en el juicio posesorio entre Doña Pascuala Armengol y Doña Ramona Armengol, por las que se confirmó el auto de 20 de Abril de 1815, por el que el Alcalde de Murviedro confirmó la posesión de los bienes de los mayorazgos fundados por D. Pascual Armengol y Doña Francisca Cubertorer, por D. Calixto Armengol y por D. Félix Aujón á Doña Ramona Armengol, que lo había pedido como sucesora de su padre D. José Armengol en aquellas vinculaciones, y por haberlo trasmitido á ella dicha posesión por ministerio de la ley; segundo, la sentencia del Consejo Real de Castilla dictada en 7 de Febrero de 1831, en grado de segunda suplicación del pleito que por caso de corte, y después de terminado aquel juicio posesorio, promovió Doña Pascuala Armengol contra Doña Ramona Armengol que entró á poseer aquellos mayorazgos, por cuya sentencia se confirmó la de vista y revista de la Audiencia de Valencia, por las que se absolvió á Doña Ramona Armengol de la demanda en cuanto al vínculo fundado por D. Gaspar Armengol y Doña Francisca Cubertorer, y á la agregación que hizo D. Félix Aujón; y revocó dicha sentencia respecto al vínculo fundado por D. Calixto Ar-

mengol, el cual se declaró tocar y pertenecer á Doña Pascuala Armengol con los frutos y rentas; tercero, la ley de la fundación del mayorazgo de D. Gaspar Armengol y de la agregación de D. Félix Aujón, por la que no sólo no están excluidas las hembras, sino que se las llama á suceder á falta de varones, y cuarto, la ley 8ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación y sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de Abril de 1865, que prescriben que las hembras de mejor línea y grado no se entiendan excluídas de la sucesión de los mayorazgos si no lo estuviesen expresa, clara y terminantemente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ni conjeturas, por precisas, claras y terminantes que sean:

6º Que si la Sala sentenciadora, al sentar que los fundadores dan el vínculo por disuelto en las contingencias de que no existiese varón del apellido Armengol, ha querido significar que entonces son llamadas las hembras á heredar los bienes de libre disposición, entonces se ha infringido la ley de la fundación, por la que se estableció un mayorazgo perpetuo, sin otra limitación que la de si el sobrino donatario en cuya cabeza se instituye el vínculo no tuviese hijos varones, adquirieran las hijas de dicho donatario sus bienes de libre disposición, las doctrinas mayorazguistas que establecen la regla de que la sucesión es perpetua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador, y la sentencia de 1º de Abril de 1862 de este Tribunal Supremo, que declara que los mayorazgos que sean irregulares en sus primeros llamamientos á consecuencia de su carácter de perpetuidad, se reputan regulares á falta de sucesores con las condiciones apetecidas; que la Sala sentenciadora, suponiendo por una parte excluidas en absoluto las hembras, y entendiendo por otra que se las llama al disfrute como sucesores de un vínculo regular por su carácter de perpetuidad, incurre en contradicción; y en cualquiera de las dos suposiciones la Sala ha infringido también la ley de la fundación al consignar que las hembras que se llaman al disfrute de la donación del vínculo son los más próximos parientes del último poseedor, *aunque no sean de preferente línea*, lo cual es una adición completamente arbitraria de la Sala sentenciadora, que infringe además la ley 2ª, tít. 15, Partida 2ª, que regula la sucesión en los mayorazgos regulares, y la sentencia, entre otras, de este Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1869, que ordena que en la sucesión de los mayorazgos debe atenderse á la línea con preferencia á toda otra circunstancia si los fundadores no han establecido lo contrario como sucede en el caso actual:

7º Que al suponer la Sala sentenciadora que Doña Ramona Armengol heredó de su padre D. José Armengol en concepto de libres los bienes del vínculo de D. Gaspar Armengol y D. Felix Aujón, y que en su concecuencia pudo disponer de ellos por testamento, se ha infringido nuevamente la ley de la fundación, las sentencias de la Audiencia de Valencia, que otorgaron á Doña Ramona la posesión de aquellos bienes como vinculados y como sucesora de su padre, y la sentencia del Consejo de Castilla en el pleito que sobre sucesión vincular ó sobre mejor derecho á suceder promovió después Doña Pascuala Armengol:

8º Que asimismo se han infringido las leyes 13 y 19, tít. 22, Partida 3ª, que establecen la fuerza, valor y eficacia que tienen los juicios acabados para los litigantes y sus herederos, y además la jurisprudencia constante y uniforme de este Tribunal Supremo, que tiene declarado

en 12 de Febrero de 1864 que la sentencia que infundadamente anula ó contradice una ejecutoria anterior sobre el mismo asunto, infringe las leyes 13 y 19, tít. 22, Partida 3ª, referentes á la fuerza que hace el juicio acabado; en otra de 29 de Octubre de 1864, que no pueden ser cuestiones en un nuevo juicio las rebatidas y resueltas con otro anterior ya fenecido; en otra de 30 de Diciembre de 1864, que según la ley 13, tít. 22, Partida 3ª, la sentencia ejecutoria dada por el Juez tiene tan gran fuerza que desde adelante obliga tanto á los que litigaron como á los herederos, y en otras de 24 de Febrero de 1866, 23 de Mayo de 1862 y 6 de Febrero de 1874, qué declaran lo mismo, añadiendo que no puede suscitarse de nuevo de una manera eficaz cuestión sobre puntos ejecutoriados:

9° Que la Sala sentenciadora ha supuesto en la sentencia recurrida que no se ha probado en este pleito cual debiera, aunque no dice por parte de quién, que entre los bienes partidos en la división de la herencia de Doña Ramona Armengol se encontraban los pertenecientes á la dotación del vínculo de D. Gaspar Armengol y de la agregación de D. Félix Aujón, y así con tal apreciación se ha querido suponer también que la obligación de probrar aquel extremo incumbía al recurrente, se ha incurrido por ello en un error de derecho, y en otro error de hecho que resulta de documentos y actos auténticos, que demuestran la equivocación evidente del Juzgador, que es incuestionable, como ejecutoriamente resuelto que Doña Ramona Armengol poseyó aquellos bienes en concepto de vinculados y como sucesora de su padre D. José Armengol en aquellos mayorazgos, y es también indudable que tuvo el carácter de última poseedora con arreglo á la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, cuyo art. 2° le imponía la obligación de reservar aquellos bienes á su inmediato sucesor, que es el recurrente; que de aquí se deduce que éste que ha venido á exigir en el actual pleito el cumplimiento de aquel deber legal, no debía probar si la herencia de su madre se encontraba en condiciones de cumplirla, esto es, si se habían reservado dichos bienes, porque era de ley la obligación de que dicha su madre estaba de reservárseles, y debieron haberse incluído entre los bienes de su universal herencia:

10. Que se había infringido el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil, y cometídose un error de hecho y un error de derecho que resulta de un documento y de actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador al no estimar probado que en la división de los bienes de Doña Ramona Armengol se incluyeron los pertenecientes á los vínculos de que se trata, cuyo extremo quedó cumplidamente justificado por el recurrente, porque durante el término de prueba se trajo á los autos una certificación en la que se inserta un escrito, por el cual el curador entonces del recurrente pidió que no se protocolase la división de bienes de Doña Ramona Armengol que se había aprobado y mandado protocolar, porque en ella no se había tenido presente que la mayor parte de los bienes divididos pertenecían á los vínculos de que aquí se trata, y no se había adjudicado la mitad reservable al inmediato sucesor D. Vicente Rubio Armengol:

11. Que la Sala sentenciadora había incurrido asimismo en un manifiesto error de hecho, que consta de documentos y autos auténticos, al suponer que el recurrente reconoció solamente la división practicada de los bienes recayentes en la herencia de su madre Doña Ramona Armengol, puesto que resulta probado en estos autos que su curador se

opuso á la protocolización de la operación por las razones indicadas en el anterior motivo, y el Juez mandó se llevase á efecto la protocolización acordada, y á que ella no obstaba para que se dedujeran las reclamaciones oportunas:

12. Que al no accederse por la Sala sentenciadora á que la división de bienes de Doña Ramona Armengol se declare nula y de ningún valor ni efecto, en cuanto por ella no se adjudicó al recurrente la mitad reservable del vínculo de D. Gaspar Armengol y de la agregación de D. Félix Aujón, se han infringido el art. 2° de la ley de 11 de Octubre de 1820, el principio de justicia eterna de dar á cada uno lo que es suyo, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1862 y 24 de Setiembre de 1866, que establecen que en toda cuenta y partición en que se ha causado notorio agravio, debe subsanarse y repararse, porque tal partición no puede tener valor ni fuerza legal conforme á derecho, y la sentencia que la aprobara infringiría el precepto de derecho y de eterna justicia de dar á cada uno lo suyo:

13. Que igualmente se ha infringido el principio de derecho sancionado por la ley 10, tít. 6°, Partida 6ª, y por la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo de que el heredero universal sucede en todos los derechos y acciones de una persona, y adquiere también todas las obligaciones de su causante, puesto que la sentencia no condena en primer término al demandado como heredero de su esposa Doña Carmen Rubio y Armengol, y como poseedor de los bienes recayentes en su herencia, á que restituya al removiente la cuarta parte de los bienes vinculados que se adjudicó indebidamente á dicha su esposa por aquella división que se protocoló en el mismo día de su fallecimiento, y cuya hijuela recibió íntegra el demandado, y en segundo lugar, caso de no poseer bienes de procedencia vincular bastantes para el reintegro de aquella cuarta parte al abono de la estimación de los que faltasen:

14. La ley 40, tít. 28, Partida 3ª, que impone al poseedor de mala fe la obligación de devolver los frutos y rentas producidos y podidos producir por la cosa que posee sin derecho á sabiendas, cuya obligación corresponde imponer á D. Matías Guillén, según lo solicitado en la demanda, como poseedor de mala fe de la parte de herencia de su esposa, según se ha justificado, que ha de restituir al demandante, por cuanto ya antes del fallecimiento de dicha su esposa se le requirió para reformarse la división de los bienes de Doña Ramona Armengol, y se le enteró del perjuicio en ella causado al recurrente, y en lugar de acceder á su reparación pidió y obtuvo que se protocolase aquélla, lo cual se llevó á efecto en el mismo día en que falleció dicha su esposa:

15. Que según el núm. 3° del art. 79 de la ley Hipotecaria, podría pedirse y deberá ordenarse la cancelación de una inscripción cuando se declare la nulidad del título en virtud del cual se haya hecho, y añade el art. 40 del Reglamento de dicha ley que declarada la nulidad de una inscripción, mandará el Juez ó Tribunal cancelarla, con arreglo á cuyas disposiciones pidió el recurrente en la demanda que se cancelase en el Registro de la propiedad correspondiente las inscripciones á favor de Doña Carmen Rubio Armengol y de D. Matías Guillén de los bienes á cuya restitución se condenase á éste último, habiéndose infringido también por la sentencia recurrida aquellas disposiciones legales:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la ley 1ª, tít. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, si bien establece que los mayorazgos se puedan probar por la escritura de fundación, por testigos, ó por costumbre inmemorial, no determina que estos tres medios sean los únicos admisibles para acreditar su existencia sin que por lo tanto se halle excluido cualquiera otro que merezca entera fe y crédito, y perteneciendo á esta clase la ejecutoria de 7 de Febrero de 1831 por tener cuando menos, el caracter de documento público, hay que reconocer su valor y eficacia como comprobante de los dos vínculos sobre que versa el presente litigio, máxime si se tiene en cuenta que dicha ejecutoria contiene todos los antecedentes necesarios para resolver con arreglo á la fundación las cuestiones planteadas por las partes:

Considerando que en tal concepto y atendidos los términos de la institución del primero de dichos vínculos hecha por D. Gaspar Armengol y su esposa Doña Francisca Cubertorer, al que se agregó el fundado por D. Félix Aujón, es indudable su carácter irregular de masculinidad en cuanto á los primeros llamamientos, puesto que los fundadores establecieron la sucesión en cabeza de su sobrino D. Gaspar Armengol, llamando en primer lugar al hijo mayor de éste que fuese varón y á sus hijos varones, y no teniéndolos, al segundo hijo varón y descendientes varones, y así sucesivamente; añadiendo que en el caso de no tener hijos varones su citado sobrino, se distribuyeran los bienes como de libre disposición y por iguales partes entre las hijas del mismo sobrino D. Gaspar Armengol, mas como esto último se refiere al caso de que el cabeza de sucesión no tuviera hijos varones, desde el momento en que los tuvo quedó sin efecto dicha disposición relativa á la disolución del vínculo, el cual conservó su carácter de perpetuidad, porque una vez trasmitido con su agregado á los descendientes varones del mencionado D. Gaspar Armengol, procedían ya en su caso los siguientes llamamientos hechos á favor de otros parientes de su apellido, seglares ó eclesiásticos que no fueran religiosos, y en último término las hembras que resultaran ser más próximas parientes del último poseedor:

Considerando que fijada así la verdadera inteligencia de las cláusulas de la fundación, y siendo un hecho incuestionable que al restablecerse en 30 de Agosto de 1836 la ley de 11 de Octubre de 1820, se hallaba en posesión de los expresados vínculos Doña Ramona Armengol por haber sucedido en ellos á su padre D. José y en virtud también de la ejecutoria antes mencionada, que puso término al pleito suscitado entre Doña Pascuala Armengol y la Doña Ramona, no puede dudarse que ésta á la vez que tuvo por la citada ley desvinculadora la facultad de disponer de la mitad de los bienes que constituían dichos vínculos, quedó obligada á reservar la otra mitad para el inmediato sucesor que lo era su hijo D. Vicente Rubio, hoy recurrente, lo que debió tomarse en consideración, y no se tuvo al practicar la división de los bienes relictos por fallecimiento de dicha Doña Ramona Armengol confundiéndose en aquella operación los bienes libres y los vinculados, y adjudicándose unos y otros de por mitad á los hermanos D. Vicente y Doña Carmen Rubio:

Considerando que al no estimarlo así la sentencia recurrida absolviendo á D. Matías Guillén y Crespo, como heredero de su esposa Doña Carmen Rubio de la demanda propuesta por el hermano de ésta D. Vicente Rubio para la reparación del indicado agravio, infringe

la voluntad de los fundadores de los vínculos de que se trata, suprema ley en la materia, y á la que hay que acomodar las disposiciones de la de 11 de Octubre de 1820, según su literal contexto, infringiendo además el art. 2° de esta misma ley y la ejecutoria de 7 de Febrero de 1831, bajo los conceptos expresados en los motivos 6°, 7° y 12;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Vicente Rubio Armengol contra sentencia que en 14 de Febrero último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia; y en su consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia.—(Sentencia publicada el 14 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1884).

365

Recurso de casación en asunto de Ultramar (15 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—No ha lugar al interpuesto por D. Juan García Mosquera con Doña Octavia Bouligni (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

Que es de la competencia de los Jueces apreciar, para la imposición de las costas en primera instancia, la buena ó mala fe de los litigantes, según lo tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo; y habiendo estimado la Sala sentenciadora que el recurrente procedió con temeridad y deseo de causar daño á la parte recurrida en los autos á que este recurso se refiere, es evidente que con la imposición de costas en este caso no se ha infringido la ley 8ª, *tít.* 22 *de la Partida* 3ª, *y que por la misma razón es inaplicable la doctrina según la cual es improcedente la condenación de costas cuando el litigante ha tenido razón derecha para litigar.*

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Diciembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Jesús María de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma por Doña Octavia Bouligni con D. Juan García Mosquera, representado y defendido por el Procurador D. Ildefonso Gutiérrez y el Licenciado D. Francisco de Asís Pacheco, y con Doña Josefa Bouligni, sobre tercería de dominio:

Resultando que en 3 de Octubre de 1881 Doña Octavia Bouligni dedujo demanda de tercería de dominio reclamando como de su propiedad los muebles que habían sido embargados á consecuencia del juicio ejecutivo seguido por D. Juan García contra Doña Josefina Bouligni, y conferido traslado al García y á la Doña Josefina, le evacuó aquél manifestando que examinados los documentos presentados y las razones expuestas por parte de Doña Octavia Bouligni, se separaba del embargo puesto en los muebles de ésta; y pidió que se le tuviera por separado, se pusiera constancia en los ejecutivos, y que dándose también por terminados estos autos de tercería se archivaran, declarándose en la forma ordinaria las costas:

Resultando que dada instrucción de este escrito á Doña Octavia Bouligni, expuso que se avenía al alzamiento del embargo y á que se diera por terminado este litigio, sólo en el caso de que D. Juan García

fuera condenado en todas las costas causadas y que se ocasionaran hasta que se archivara la actuación, incluso los gastos que ocurrieran en el alzamiento del embargo en los ejecutivos, fundándose para ello en que no era justo, legal ni equitativo que por la temeridad del García hubiese experimentado perjuicio la Doña Octavia en la retención y embargo del mobiliario, y que todavía se le ocasionasen más perjuicios con el pago de las costas de un litis que ella no había provocado, sino que se había visto obligada á la defensa de sus legítimos derechos, siendo atacada su propiedad por la ilegítima agresión de García que tenía el convencimimiento pleno de no pertenecer á su deudora el moviliario de que pretendió apoderarse:

Resultando que el Juez de primera instancia por auto de 30 de Enero de 1882 mandó se practicase lo que se solicitaba por Doña Octavia Bouligni; é interpuesta súplica por D. Juan García, el referido Juez por proveído de 23 de Febrero siguiente, declaró sin lugar la reposición solicitada, condenando en todas las costas á García según estaba mandado:

Resultando que confirmado dicho auto con las costas por sentencia que dictó la Sala de lo civil de la Audiencia en 21 de Setiembre de 1882, D. Juan García Mosquera interpuso recurso de casación, por conceptuar infringidos:

1° La ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª, en el sentido de que se ha aplicado indebidamente calificando como litigante temerario al recurrente que instó con razón derecha los autos ejecutivos contra Doña Josefina Bouligni de que estos proceden:

2° La doctrina establecida, entre otras, en sentencia de este Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1869, según la cual es improcedente la condenación de costas cuando el litigante ha tenido razón derecha para litigar, porque de las diligencias de embargo, de las actuaciones practicadas para su ampliación y de lo solicitado para que los bienes se extrajeran, resulta que el recurrente no hizo más que ejercitar los derechos que le reconoce la ley, y no podía acusársele de temerario puesto que presentada por Doña Octavia Bouligni la tercería, tan luego como vió en qué título se apoyaba la demanda se allanó á ella, sin querer por su parte prolongar las actuaciones:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que es de la competencia de los Jueces apreciar para la imposición de las costas en primera instancia la buena ó mala fe de los litigantes, según lo tiene declarado con repetición este Tribunal Supremo, y habiendo estimado la Sala sentenciadora que el recurrente procedía con temeridad y deseo de causar daño á la parte recurrida en los autos á que este recurso se refiere, es evidente que con la imposición de costas en este caso no se ha infringido la ley 8ª, tít. 22 de la Partida 3ª que se cita en el primer motivo del recurso, y que por la misma razón es inadmisible la doctrina que se invoca en el segundo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Juan García Mosquera, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de 2.500 pesetas que depositó, que se distribuirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de la Habana con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 15 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Enero de 1884.)

366

Recurso de casación (15 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Defensa por pobre.—No ha lugar al interpuesto por Doña Magdalena Virginia Bertorini con D. Emilio Peñuela y otros (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que limitándose el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil á disponer que la justicia se administre gratuitamente á los pobres que por los Tribunales y Juzgados sean declarados con derecho á este beneficio, no puede aquél considerarse infringido cuando se niega dicha declaración;*

Y 2° Que según el art. 17 queda subordinado lo prescrito en el 15 á las facultades que concede aquél á los Jueces para la apreciación de la verdadera riqueza del que se supone pobre por los signos exteriores que dicho art. 17 indica, apreciación á la que hay que estar como punto de hecho, cuya prueba está sometida al buen juicio de los Tribunales, según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo.

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Diciembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de Palacio y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia del territorio por Doña Magdalena Virginia Bertorini, dedicada á sus labores, de esta vecindad, representada y defendida por el Procurador D. Constantino Rodero y el Licenciado D. Emilio Peñuela, con D. Juan Bermuy y Doña María García y García, Marqueses de Benamejí, que no han comparecido y el Ministerio fiscal sobre defensa por pobre:

Resultando que en 19 de Enero de 1883 Doña Magdalena Virginia Bertorini, con objeto de entablar reclamaciones judiciales sobre pago de 10.000 pesetas contra los Marqueses de Benamejí, dedujo demanda incidental de pobreza en la que expuso que era viuda de D. Manuel Navarro y Navarro, Médico mayor de S. M., por cuyo concepto cobraba de la Administración económica de esta corte 1.125 pesetas anuales, de las que había que deducir el descuento, de suerte que percibía próximamente 9 rs. diarios; que no poseía bienes de ninguna clase para sufragar los gastos de un procedimiento judicial; que tampoco ejercía profesión ó industria por la cual se satisficiera al Tesoro cuota alguna de contribución; que llevaba de residencia cerca de un año en Madrid, habiendo vivido más de cuatro en Badajoz, y fundada en los artículos 13 y 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, pidió se hiciera la declaración de pobreza en su favor para que pudiera sustanciarse la demanda principal contra los Marqueses de Benamejí:

Resultando que conferido traslado al Marqués de Benamejí, le evacuó pretendiendo se desestimase la solicitud de Doña Magdalena Bertorini, alegando al efecto que aquélla, además de cobrar viudedad del Estado, poseía bienes en el Ayuntamiento de Salón, cuya utilidad líquida estaba calculada en 128 pesetas, y por lo que pagaba de contribución territorial 32 pesetas 31 céntimos; que la demandante habitaba en un piso segundo de la calle de la Montera, y tanto por esto como por los signos exteriores de su actual existencia, no era extraño que

sus medios de vivir excedían al jornal doble de un bracero; y como fundamentos de derecho alegó los artículos 15 y 16 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Resultando que oído el Promotor fiscal se recibió el incidente á prueba, y practicadas las propuestas por las partes, el Juez de primera instancia, por sentencia de 14 de Agosto de 1882, teniendo en consideración que la demandante no ha justificado la procedencia de sus pretensiones ni que sea pobre en sentido legal, declaró que Doña Magdalena Virginia Bertorini no tenía derecho al beneficio de la defensa por pobre, y la condenó al pago de las costas causadas y reintegro del papel del sello de pobres invertido en autos:

Resultando que confirmada con las costas dicha sentencia por la que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de este distrito dictó en 9 de Enero último, por parte de Doña Magdalena Virginia Bertorini se interpuso recurso de casación, por haberse en su concepto infringido:

1° El art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil, bajo el concepto de que la justicia se administrara gratis á los pobres al denegar los beneficios de pobreza ante los Tribunales á Doña Magdalena Virginia Bertorini:

2° El párrafo segundo del art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual podrán ser declarados pobres los que viven de un sueldo que no exceda del doble jornal de un bracero en la localidad donde tenga su residencia habitual el que solicitara la defensa por pobre, puesto que la pensión que disfruta la recurrente es de 1.125 pesetas, y deducido el 10 por 100 es evidente que resultan 1.012 pesetas 50 céntimos anuales, que da un producto de 2 pesetas 78 céntimos diarios:

3° El art. 16 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque si bien la recurrente paga 32 pesetas de contribución, se debe deducir que el capital imponible es de 720 pesetas, que dan un producto diario de 49 céntimos, que unido á la pensión de 2 pesetas 78 céntimos, da por resultado 3 pesetas 27 céntimos, de tal suerte que residiendo como reside en esta corte Doña Magdalena Virginia Bertorini, reunidos todos sus modos de vivir no dan los rendimientos de los mismos un exceso á los tipos señalados en el art. 15 de la ley que se ha citado:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando respecto al primer motivo que limitándose el art. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil á disponer que la justicia se administre gratuitamente á los pobres que por los Tribunales y Juzgados sean declarados con derecho á este beneficio, no puede aquel considerarse infringido cuando se niega dicha declaración:

Considerando en cuanto al segundo y tercero que se ha hecho aplicación en la sentencia recurrida del art. 17 de la referida ley, según el cual queda subordinado lo prescrito en el art. 15 á las facultades que concede aquel á los Jueces para la *apreciación* de la verdadera riqueza del que se supone pobre por los signos exteriores que dicho art. 17 indica, apreciación á la que hay que estar como punto de hecho, cuya prueba está sometida al buen juicio de los Tribunales, según tiene declarado repetidamente este Tribunal Supremo, y por consiguiente no han sido infringidos el 15 y 16 que en dichos motivos se citan;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Magdalena Virginia Bertorini, á la que condenamos en las costas y al pago de la cantidad de 1.000 pesetas por razón de depósito, que se distribuirá con arreglo á la ley:

líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de este distrito con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 15 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Enero de 1884.)

367

Recurso de casación (15 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Pago de pesetas.—No ha lugar al interpuesto por la Condesa viuda de Parsent, con los Síndicos del concurso de acreedores de la Sociedad *La Peninsular* (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que según el núm.* 7° *del art.* 1692 *de la ley procesal no puede ser apreciable para la casación error alguno de hecho que no resulte con evidencia de acto ó documento auténtico:*

2° *Que no es aplicable el art.* 187 *de la citada ley procesal si como lo demuestra el curso y el estado del presente juicio, lejos de estar declarada ejecutoriamente su acumulación al universal de testamentaría, ni siquiera se ha propuesto tal acumulación por parte legítima:*

3° *Que si la cuestión provocada en un motivo de casación no se ha discutido en el pleito, no puede ofrecer por lo tanto materia de casación en ningún sentido;*

Y 4° *Que si es un hecho cierto que la casi totalidad de las cédulas hipotecarias que se reclaman están presentadas al concurso, desaparece el fundamento de la infracción de la ley del contrato que al amparo de una afirmación inexacta se invoca para suponer dicha infracción, cuyo ineludible cumplimiento se determina con perfecta claridad en los considerandos de la sentencia.*

En la villa y corte de Madrid, á 15 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta capital y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de la misma por los Síndicos del concurso de acreedores de la Sociedad *La Peninsular*, representados por el Procurador D. Mauricio Castañares y defendidos por el Licenciado D. Ignacio Suárez García, con la Condesa viuda de Parsent, como Administradora judicial de la testamentaría del Conde de dicho título, y en su nombre el Procurador D. Manuel Montero, bajo la dirección del Doctor D. Manuel Danvila, sobre pago depesetas:

Resultando que en 21 de Marzo de 1864 otorgaron escritura en esta corte D. Pascual Madoz, como Director de la Sociedad La Peninsular y D. Luis de Trelles en nombre y con poder del Conde y de la Condesa de Parsent, en la que dijeron: que en 23 de Diciembre de 1866 solicitó el Conde de la Sociedad que le facilitase un crédito suficiente á obtener con las obligaciones hipotecarias de 2.000 rs. cada una, que suscribiera sobre bienes propios, cuyos títulos de propiedad acompañó, el capital efectivo de 5.500.500 rs.; que la Sociedad accedió á la pretensión bajo las condiciones que establecieron, y en su virtud se verificó la operación de préstamo hipotecario, suscribiendo el apoderado del Conde 3.667 obligaciones hipotecarias de 2.000 rs. cada una con interés de 6 por 100 anual vencederas á los 15 años al tipo de 75 por 100, llevando cada una de ellas como garantía é hipoteca especial una finca determi-

nada, y fechadas dichas obligaciones en 1° de Abril de 1864, según convenio, para que los semestres de pago de intereses y amortización vencieran en 1° de Abril y 1° de Octubre de cada año; y en cumplimiento de lo estipulado, La Peninsular entregó al apoderado de los Condes 5.500.500 rs. del préstamo convenido, siendo condiciones, entre otras, que el pago del capital que representaban las 3.667 obligaciones, había de verificarse por semestres adelantados, importantes cada uno de ellos 366.710 rs., ó sea el 10 por 100 de dicho capital, en esta forma: 6 por 100 para cubrir los intereses de las obligaciones, y el 4 por 100 restante para la formación del capital de una póliza de imposición forzosa que escribió D. Luis Trelles á nombre de sus poderdantes, de formas que satisfechos puntualmente los 30 semestres en los 15 años expresados, quedaba completamente enjugada la deuda; estipulándose, por último, el derecho de La Peninsular á reclamar judicialmente el importe de los semestres vencidos y no satisfechos, persiguiendo la finca especialmente hipotecada:

Resultando que los mismos contratantes otorgaron otra escritura en 28 de Julio de 1866, en la que después de hacer mérito de la anterior, dijeron: que liquidado en aquel día el adeudo de los Condes de Parsent resultaba en favor de La Peninsular la cantidad de 4.783.880 rs. 29 céntimos que le habían convenido en satisfacer en la forma siguiente: primero, que el Conde pondría en venta, sucesiva y gradualmente, las fincas sujetas al contrato que tenía celebrado con la Sociedad, y el importe que en cada venta correspondiera á La Peninsular á razón de 75 por 100 del valor nominal de las respectivas obligaciones sería baja del capital antedicho; segundo, que éste devengaría desde 1° de Octubre próximo el interés de 8 por 100 anual satisfecho por semestres en los días 1° de Octubre y de Abril, debiendo ser relativa y progresivamente la parte que correspondiera á las cantidades percibidas; tercero, que La Peninsular aceptaba la proposición del Conde con la reserva de conservar las hipotecas tales como se hallaban constituídas en la escritura de 1864, así como todos los derechos consignados en ella, para precaver la posibilidad de que por cualquier evento dejase de cumplirse por parte del Conde lo que en este convenio se trataba; y si ocurriese el caso de que para alguna de las fincas no hubiera comprador y se hubiese realizado la venta de las demás, La Peninsular conservaría en las fincas no vendidas los derechos que la escritura de 1864 le concedía, y la operación se reduciría á las obligaciones hipotecarias que comprendiera el capital que entonces resultase adeudarle el Conde; cuarto, que La Peninsular en el supuesto de que pudiera disponer desde luego de las obligaciones originales de cada finca, se comprometía á concederlas á medida que se efectuaran las enajenaciones, con objeto de que quedaran libres de todo gravamen; quinto, que aparte del producto que á La Peninsular correspondía en la venta de las fincas sujetas al contrato de 1864, el Conde se obligaba á anticiparle el 50 por 100 por lo menos del exceso que pudiera haber en el precio de las fincas para amortización del capital, y la Compañía se obligaba á su vez á cancelar las obligaciones originales de la finca ó fincas que designare el Conde y que cupieran dentro de las sumas entregadas; y sexto, que la venta de las fincas se efectuaría con conocimiento é intervención de la Compañía:

Resultando que los Síndicos del concurso voluntario de acreedores de la Sociedad La Peninsular dedujeron en 17 de Junio de 1881 la demanda objeto de estos autos, en la que consignaron como hechos el re-

sultado de las escrituras mencionadas, á los que añadieron que el Conde cumpliendo en parte lo estipulado había vendido con intervención de la Sociedad algunas fincas y á su fallecimiento en Agosto de 1870 debía á la Peninsular 3.021.375 rs. de capital y 262.565 rs. de intereses: que entablada por el Director de la Sociedad demanda ejecutiva y despachado el mandamiento de ejecución, fué acumulada después al juicio universal de testamentaría del Conde; que declarada en concurso La Peninsular la Sindicatura entabló sucesivamente dos demandas ejecutivas, la una en Julio de 1877 por 1.691.970 rs. de 14 semestres, y la otra en Junio de 1880 por cantidad líquida de 2.417.100 rs. de todos los plazos vencidos y debidos por intereses al 8 por 100 estipulado en la escritura de 1866, sin que lograse que ni en una ni en otra se despachara la ejecución; y que la cifra exacta de lo que hasta la fecha debía el Conde era la de 3.504.795 rs.; y alegando como fundamentos de derecho la ley del contrato celebrado en la escritura de 1866 y el principio de que el que contrata lo hace para sí y sus causahabientes, pidió se declarase que la testamentaría del difunto Conde de Parsent, representante legal y jurídico del mismo, venía obligada á poner en venta sucesiva y legal y gradualmente las fincas sujetas al contrato de préstamo de 24 de Marzo de 1864, entregando su importe á La Peninsular en la forma y cantidad estipulada, y al pago de los intereses vencidos á razón de 8 por 100 sobre el capital líquido y que la adeudaba, y en su consecuencia condenar á la expresada testamentaría á que cumpliera dicha obligación de enajenación de fincas sucesiva y gradualmente en los términos del contrato, y á que pagara á la Sociedad en concurso La Peninsular la cantidad de 3.540.795 rs. de intereses vencidos á razón de 8 por 100 anual por los 29 semestres mediados desde 1° de Octubre de 1866 hasta 31 de Marzo de 1881, y de los demás que fueran venciendo, á rebatir en los sucesivos los que correspondieran á las sumas que fuera entregando á cuenta del capital en la realización de enajenaciones, á reserva de utilizar en su día La Peninsular sus derechos con arreglo al contrato de ambas escrituras si por cualquier causa la enajenación de las fincas no se realizara:

Resultando que la Condesa viuda de Parsent, como administradora judicial de la testamentaría del Conde, impugnó la demanda, alegando como hechos que con arreglo á lo convenido en la escritura de 1866, se realizaron varias enajenaciones hasta que practicada liquidación en Junio de 1868 entregó La Peninsular al Conde 478 obligaciones amortizadas de las que tenía suscritas, resultando adeudar éste en aquella fecha 3.021.000 rs. efectivos, representados por 2.014 obligaciones al tipo de 75 por 100 de su valor nominal, habiendo satisfecho los intereses estipulados hasta 1° de Abril de 1869; que al fallecimiento del Conde su testamentaría incluyó en la declaración de créditos contra la misma en Febrero de 1871 1.380.400 rs. á favor de La Peninsular, importe de los obligaciones hipotecarias, calculando su cotización al 30 por 100 que á la sazón tenía; que la testamentaría trató en diferentes ocasiones de hacer efectivo el crédito ó su mayor parte á favor de La Peninsular, pagando con obligaciones de la misma, proposición que fué rechazada por aquélla; que con motivo de la quiebra de La Peninsular, estableció ésta el pago de las imposiciones forzosas ó sea las cancelaciones de las obligaciones hipotecarias con otras de la misma Compañía, sin necesidad de ser las suscritas por el mismo imponente ó deudor, con tal de llevar unidos los cupones desde el segundo semestre de

1861 inclusive en adelante desde cuya fecha La Peninsular no había satisfecho los cupones á los obligacionistas, y que negaba en absoluto la exactitud de la arbitraria obligación formulada en la demanda; como fundamentos de derecho alegó el principio inconcurso sancionado por repetidos fallos de que los contratos deben cumplirse en la forma estipulada, y siendo así que La Peninsular no podía cumplir las obligaciones que contrajo en la escritura de 1886, porque la mayor parte de las obligaciones originales hipotecarias por el Conde, que debía entregar al realizarse la enajenación de las referidas fincas se hallaban en poder de la testamentaría, ésta no estaba obligada tampoco á poner en venta las fincas hipotecadas, puesto que La Peninsular se hallaba impedida de cumplir aquel compromiso; que cuando la eficacia de un contrato dependía de una condición, sólo eran exigibles cuando la obligación se había convertido en pura; y el contrato de 1866 contenía la condición de que si el Conde no cumplía lo estipulado en él quedaría subsistente en el de 1864, único que podía invocar La Peninsular; que con arreglo á él, el Conde de Parsent, y hoy sus herederos, tenían el indisputable derecho de pagar su crédito con obligaciones hipotecarias de La Peninsular, lo cual constituía una verdadera compensación de créditos. puesto que por una parte eran deudores de la cantidad que dichas obligaciones representaban, y por otra acreedores de la misma suma como tenedores de la obligaciones, y que siendo evidente el derecho que asistía á la testamentaría del Conde para satisfacer su crédito con obligaciones hipotecarias de La Peninsular, no estaba obligada al abono de intereses, puesto que dicha Compañía no pagó los de los cupones de las obligaciones á los cuales iban unidos, teniendo también respecto á ellos lugar la compensación:

Resultando que la Sindicatura demandante alegó en el escrito de réplica que los contratos debían cumplirse en la forma estipulada, y que por ello la testamentaría había de pagar lo que adeudaba al concurso por capital é intereses, vendiendo al efecto las fincas hipotecadas, sin que pudiera excluirla de este deber ningún pretexto relativo á las obligaciones hipotecarias que no existían en poder de la testamentaría deudora, estando presentadas la mayor parte en el juicio de concurso, sin que pudiera reclamarse su devolución hasta que las ventas se hubieran realizado; que partiendo de este principio consignado en las escrituras mencionadas, resultaba como indestructible consecuencia que no procedía compensación por faltar las condiciones indispensables para ella según las leyes; y que tampoco procedía compensación ni excusa que libertase á la testamentaría del pago de intereses, porque la ley del contrato y la morosidad en que se hallaba constituída la obligaban á él y á la compensación con los cupones de obligaciones hipotecarías, se oponía la circunstancia de no ser acreedora en tal concepto la testamentaría, y aunque lo fuese, el estado de concurso en que La Peninsular se encontraba la eximía del deber de verificar el pago, no siendo dentro del juicio universal y en la forma determinada por la ley:

Resultando que recibido el pleito á prueba y practicada la que la parte actora suministró, sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte dictó en 12 de Febrero del corriente año de 1883 sentencia revocatoria, declarando que la testamentaría del difunto Conde de Parsent, representando á éste, viene obligada á poner en venta sucesiva y gradualmente las fincas sujetas al contrato de préstamos de 24 de Marzo de 1864, entregando su importe

á los Síndicos del concurso de La Peninsular en la forma y cantidad estipulada, y al pago de los intereses vencidos á razón del 8 por 100 del capital líquido que la adeuda, condenando por tanto á dicha testamentaría á cumplir esta obligación y pagar la cantidad de 3.504.795 rs. de intereses vencidos en los 29 semestres que median desde 1° de Octubre de 1866 hasta 31 de Marzo de 1881, y al de los demás que vayan venciendo, á rebatir en los semestres sucesivos los que correspondan á las sumas que entregue á cuenta del capital mediante la realización de las ventas indicadas, con reserva á la parte demandante de los derechos de que se crea asistida con arreglo al contrato de ambas escrituras si por cualquier causa la enajenación de las fincas no se realizase, todo ello sin expresa condenación de costas:

Resultando que la Condesa viuda de Parsent interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1° Las leyes 19, tít. 22; 4ª, tít. 26, y 2ª, tít. 13 de la Partida 3ª, pues á pesar de resultar confesado que en 16 de Julio de 1868 se practicó una liquidación, apareciendo un saldo de 3.029 000 rs., representado por 2.014 obligaciones, quedando los intereses pagados hasta 1° de Abril de 1869, la sentencia cometía el error de hecho de condenar á los intereses vencidos desde 1° de Octubre de 1866 como si estuviesen en descubierto:

2° El art. 187 de la ley de Enjuiciamiento civil, que había reproducido literalmente el 178 de la anterior, porque estando declarado ejecutivamente y acumuladas al juicio necesario de testamentaría del Conde de Parsent las reclamaciones del concurso de La Peninsular, debían someterse éstas á la tramitación de aquel juicio universal, no pudiéndose realizar el patrimonio en el período de avalúo, y debiéndose reservar aquella cuestión para que los contadores la resuelvan en el período de la liquidación y partición:

3° La ley 3ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, porque habiéndose obligado La Peninsular á amortizar la deuda con el importe y beneficios de la imposición de 4.400.000 rs., por lo cual adquirió el carácter de socio, no se había presentado la liquidación ni se cumplía lo convenido más que en lo favorable al acreedor, pero no en lo que beneficiaba al deudor, y era inseparable según el mismo contrato;

Y 4° La ley del contrato, no sólo por la consideración expuesta en el número anterior, sino porque siendo los de 24 de Marzo de 1864 y 23 de Julio de 1866 obligaciones condicionales por las cuales La Peninsular estaba obligada á devolver á los causahabientes del Conde de Parsent las obligaciones hipotecarias que éste suscribió, y probado que dichas obligaciones no las tenía La Peninsular, estando hoy su mayor parte en manos de los herederos del Conde, se decretaba una venta imposible además de injusta, porque no habiendo sido La Peninsular más que una Sociedad intermediaria para la colocación de las cédulas, y estando éstas en manos de terceros poseedores, la venta de los bienes sólo podía ser reclamada por éstos y no por el intermediario que no podía pagar siquiera los intereses de dichas cédulas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que según el núm. 7° del art. 1692 de la ley procesal no puede ser apreciable para la casación error alguno de hecho que no resulte con evidencia de acto ó documento auténtico, y no concurriendo esta circunstancia en el invocado en el primer motivo del recurso, toda vez que se refiere a una liquidación con la que no está con-

forme la parte demandante ni ha sido aceptada por la sentencia, no son aplicables al caso las leyes de Partida que con relación á dicho supuesto error se citan como infringidas:

Considerando que tampoco es aplicable el art. 187 de la citada ley procesal que se invoca en el segundo motivo, porque como lo demuestra el curso y el estado del presente juicio, lejos de estar declarada ejecutoriamente su acumulación al universal de testamentaría, ni siquiera se ha propuesto tal aclaración por parte legítima:

Considerando que la cuestión provocada en el motivo 3° no se ha discutido en el pleito, y no puede ofrecer por lo tanto materia de casación en ningún sentido:

Considerando en orden al cuarto y último motivo, que según el resultando 5° de la sentencia es un hecho cierto que la casi totalidad de las cédulas hipotecarias están presentadas al concurso, y desaparece por lo tanto el fundamento que al amparo de una afirmación inexacta se invoca para suponer la infracción del contrato, cuyo ineludible cumplimiento se determina con perfecta claridad en los considerandos de la sentencia;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Condesa viuda de Parsent, como administradora judicial de la testamentaría del Conde de dicho título, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta corte la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 15 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Enero de 1884.)

368

Recurso de casación (17 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Reclamación de bienes.—No ha lugar al interpuesto por Don Narciso Noguer con D. Miguel Pujol (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que habiendo legado el testador á su esposa el usufructo de sus bienes durante su vida y nombrado heredero á su hijo sustituyéndole para el caso que no fuere heredero, ó siéndolo muriese sin disponer de los bienes, con los demás hijos que tuviera, y en su defecto pasasen estos mismos bienes al que de derecho correspondiese; llegado este último caso con la muerte del impúber sin dejar otros hermanos en quien pudiera verificarse la sustitución, es indudable que su madre fué su heredera legítima, y en tal concepto á quien de derecho correspondía la propiedad de aquellos bienes, la cual vino de este modo á consolidarse con el usufructo que disfrutaba aquélla desde la muerte del testador, trasmitiéndolos con los demás que poseía, á su hija del segundo matrimonio y ésta á su hijo menor el demandado: por lo que la sentencia que absuelve á éste de la demanda de reclamación de los bienes, no infringe la voluntad del testador;*

Y 2° *Que tampoco infringe la ley* 18, *tít.* 29, *Partida* 3ª, *pues prescindiendo de que la cuestión de prescripción carece de importancia, dada la razón fundamental antes expuesta y suponiendo que aquélla sea aplicable en los negocios de Cataluña, es lo cierto que habiendo poseído*

á título de dueño los bienes de que se trata desde la muerte de su hijo, ocurrida en 10 de Marzo de 1838, hasta su fallecimiento en 16 de Agosto de 1865, y continuando en la posesión sus descendientes del segundo matrimonio hasta la incoación de este pleito en Enero de 1880, bastaría esta circunstancia para asegurar por prescripción el pleno dominio en que se halla el demandado de los referidos bienes.

En la villa y corte de Madrid, á 17 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Figueras y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por D. Juan Costa y Renart, y por su fallecimiento su heredera Doña María Costa y Ginard, consorte de D. Narciso Noguer y Reig, representados por el Procurador D. José Arana y Morayta, y defendidos por el Licenciado D. Tomás Miguel Llorent, con D. Miguel Pujol y Gibert en representación de su hijo menor D. Pablo Pujol y Vicens, y en su nombre el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Doctor D. José Leopoldo Feu, sobre reclamación de bienes:

Resultando que D. José Coll y Agulló falleció en 3 de Noviembre de 1834 con testamento otorgado en 14 de Octubre anterior, por el cual legó á su mujer Magdalena Ferrer, el usufructo de todos sus bienes durante su vida, y nombró heredero suyo á su hijo Jaime Coll y Ferrer, sustituyéndole para el caso de que no fuese heredero, ó siéndolo muriese sin disponer de los bienes, á los demás hijos que tuviese, varones ó hembras, por orden de edad y sexo; y en falta de tales hijos, ó que teniéndolos no dispusiesen de los bienes, pasasen al que de derecho correspondiera:

Resultando que el heredero Jaime Coll y Ferrer falleció en 10 de Marzo de 1883, á la edad de cinco años, y su madre Magdalena Ferrer, viuda de D. José Coll, contrajo segundo matrimonio con Pedro Vicens, de quien tuvo una hija Antonia Vicens, la que á su vez contrajo matrimonio con D. Miguel Pujol, el cual tuvo un hijo, Pablo Pujol y Vicens; y ocurrido en 16 de Agosto de 1865 el fallecimiento de su abuela, quedaron en la casa de Pujol así los bienes que eran de propiedad de aquélla como los que había poseído en usufructo:

Resultando que en 9 de Enero de 1880, D. Juan Costa y Renard, como pariente más próximo de José Coll, dedujo la demanda objeto de estos autos, en la que alegando los hechos que quedan referidos, dijo que al fallecimiento del impúber Jaime Coll y Ferrer y no existiendo ningún otro hijo de José Coll, los bienes debieron pasar al heredero más inmediato ó al que de derecho correspondiera; que aquella circunstancia concurría en el demandante como único descendiente de Francisca Demont y Font, hermana de María Demont y Font, causante del testador D. José Coll, y de la que procedían los bienes de éste; que al fallecimiento en 1865 de Magdalena Ferrer terminó el usufructo que la legó su marido, y por ello los bienes de éste, consistentes en una casa, un pajar y cuatro fincas rústicas, debieron pasar al heredero llamado por el mismo, que era el demandante, pero quedaron en la casa de Pujol poseídos por D. Pablo Pujol y Vicens, ó por su padre D. Miguel, en virtud del derecho de patria potestad; y ejercitando en su virtud la acción de petición de herencia, pidió se declarase que era el heredero llamado en el testamento de José Coll y Agulló, y como tal, dueño de la herencia de éste, y que habiendo terminado el usufructo concedido á Magdalena Ferrer se condenase á D. Pablo Pujol y Vicens á restituir la

herencia mencionada con sus frutos y accesiones, y á dar cuentas y resarcir todos los daños, con imposición además de todas las costas:

Resultando que D. Miguel Pujol, en representación de su hijo menor D. Pablo Pujol, contestó á la demanda, hallándose conforme con los hechos referidos á excepción del relativo á las fincas poseídas por Magdalena Ferrer al fallecimiento de su esposo, que eran menos de las que se decían; que habían poseído los bienes de José Coll con completa buena fe y bajo la condición de que les pertenecían: que ni el demandado ni su mujer se habían resistido jamás á la entrega de bienes que por la ley ó por disposiciones testamentarias pudieran corresponder á la parte actora, y que hacía más de 40 años que habían fallecido el testador José Coll y su hijo y heredero Jaime; como fundamentos de derecho alegó que el que se presentaba con el título de heredero en reclamación de una herencia debía ante todo justificar en el juicio correspondiente que lo era en efecto, sin que pudiera pedir ante aquélla haciendo uso ó ejercitando una acción que únicamente correspondía á los herederos; que Jaime Coll fué puesto en condición resolutoria en el testamento de su padre, y habiendo muerto sin ningún hermano y sin testar, la herencia debió pasar á aquel á quien de derecho correspondiera; que Magdalena Ferrer, sobreviviendo á su hijo, le sucedió por la ley en virtud de la que le correspondió toda la herencia inclusos los bienes procedentes del padre, mayormente si no sobrevivió al Jaime ningún pariente dentro del cuarto grado como aparecía, y en el caso de sobrevivir alguno siempre á lo menos le correspondió la herencia de hijo, incluso la cuarta parte de la herencia del testador por pertenecer á aquel en concepto de legítima; que el poseedor en la cosa era preferido á cualquiera que le pidiese mientras no probara completamente éste el derecho á la misma, y que el poseedor de buena fe hacía suyos los frutos hasta el día de la contestación á la demanda; oponiendo en su virtud las excepciones de falta de personalidad, de prescripción y de *sine actione agis*, y en el caso de que no procedieran la de plus petición se le absolviese de la demanda, y caso de que esto no procediera se declarase que sólo pertenecían al demandante las tres cuartas partes de la herencia líquida que dejó D. José Coll á su hijo y heredero Jaime Coll y Ferrer, porque la cuarta parte restante como legítima de Jaime ó como legítima de la madre de éste Magdalena Ferrer, correspondió á ésta, y después de ella á sus herederos y sucesores, y por consiguiente que pertenecía al demandado, condenando en ambos casos al demandante en todas las costas:

Resultando que el demandante manifestó al replicar que al designar las fincas que constituían la herencia reclamada, había olvidado comprender una pieza de tierra campa con algunos olivos de cabida unas dos basanas, y que en el término de prueba justificaría su parentesco con las correspondientes partidas, habiéndose designado oportunamente los archivos donde se encontraban:

Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancia, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 25 de Abril de 1882 sentencia confirmatoria con las costas absolviendo al demandado de la demanda:

Resultando que después de obtenida por D. Juan Costa certificación para interponer recurso de casación, ocurrió su fallecimiento, y en su virtud su heredera Doña María Costa, consorte de D. Narciso Noguer, lo interpuso en efecto por haberse infringido á su juicio:

1° La voluntad del testador, ley suprema en la materia, en cuanto absolvía de la demanda á D. Pablo Pujol y Vicens, manteniéndole así en la posesión de los bienes que pertenecieron á dicho testador, el cual ordenó que á falta de su hijo Jaime y los demás sustituidos, pasasen los mencionados bienes al que de derecho correspondían á su pariente D. Juan Costa en competencia con el extraño D. Juan Pujol, sin que obstase la mayor proximidad de parentesco de D. José Corominas, pues hoy sólo existía relación jurídica entre D. Juan Costa y D. Pablo Pujol, que eran los que litigaban, y de ningún modo entre ellos y D. José Corominas que no había comparecido en el pleito;

Y 2° La misma ley 18, tít. 29 de la Partida 3ª, que era lo más favorable que últimamente invocaba la sentencia como fundamento de la prescripción alegada en defensa de D. Pablo Pujol, pues exigía la posesión constante por tiempo de 10 años, habiendo buena fe y justo título, y en la hipótesis no concedida de reunir estas circunstancias Don Pablo Pujol, como entró á poseer el año 1875 en que murió su abuela Magdalena Ferrer, y concluyó el usufructo que tenía ésta, era evidente que no había transcurrido aquel término de 10 años que la citada ley requería:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que la sentencia recurrida no infringe la voluntad del testador José Coll y Agulló, como se supone en el primer fundamento del recurso puesto que habiendo legado á su esposa Magdalena Ferrer el usufructo de sus bienes durante su vida y nombrado heredero á su hijo Jaime, sustituyéndole para el caso que no fuere heredero ó siéndolo muriese sin disponer de los bienes á los demás hijos que tuviera, y en su defecto pasen estos mismos bienes al que de derecho correspondiese, llegado este último caso con la muerte del impúber Jaime Coll y Ferrer sin dejar otros hermanos en quien pudiera verificarse la sustitución, es indudable que su madre Magdalena Ferrer fué su heredera legítima, y en tal concepto á quien de derecho correspondía la propiedad de aquellos bienes, la cual vino de este modo á consolidarse con el usufructo que disfrutaba aquélla desde la muerte del testador, trasmitiéndolos, con los demás que poseía, á su hija del segundo matrimonio Antonia Vicents y Ferrer, y ésta á su hijo menor el demandado Pablo Pujol:

Considerando que tampoco infringe el fallo recurrido la ley de Partida que se cita en el segundo motivo, pues prescindiedo de que la cuestión de prescripción carece de importancia, dada la razón fundamental antes expuesta y suponiendo qúe aquélla sea aplicable en los negocios de Cataluña, es lo cierto que habiendo poseído Magdalena Ferrer á título de dueño los bienes de que se trata desde la muerte de su hijo Jaime Coll, ocurrida en 10 de Marzo de 1838, hasta su fallecimiento en 16 de Agosto de 1865, y continuando en la posesión sus descendientes del segundo matrimonio hasta la incoación de este pleito en Enero de 1880, bastaría esta circunstancia para asegurar por prescripción el pleno dominio en que se halla el demandado de los referidos bienes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Narciso Noguer y Reig, como marido de Doña María Costa y Ginar, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en

las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 17 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Enero de 1884).

369

Recurso de casación (18 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—PETICIÓN DE HERENCIA.—No ha lugar al interpuesto por D. Julián Guillaumet y consorte con D. José Baldomá y otro (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

Que no puede estimarse la infracción de leyes y doctrinas que se alegan haciendo supuesto de la cuestión litigiosa.

En la villa y corte de Madrid, á 18 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Balaguer y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona por los consortes D. José Baldomá y Soler y Doña Josefa Farrús y Baulies, representados por el Procurador D. Federico Grases, bajo la dirección del Letrado D. Juan Maluquer, con D. Julián Guillaumet y Doña Dolores Farrús y Baulies, y en su nombre el Procurador D. José María Cordón, defendido por el Licenciado D. Ramón Vinader, sobre petición de herencia:

Resultando que con motivo del matrimonio celebrado por Francisco Farrús y Mercader con Francisca Baulies y Bastida se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales en 18 de Enero de 1824, en la que se pactó, entre otras cosas, que los mencionados cónyuges habían de heredar como por aquel capítulo heredaban á los hijos de aquel matrimonio, á saber: hijos por hijos é hijas por hijas prelativamente; queriendo que los varones de aquel matrimonio ó de otro posterior fueran preferidos á las hembras, y que fuera entre ellos y ellas guardado el orden de primogenitura, con aquellos pactos, gravámenes y condiciones que entre vivos ó en última voluntad quisieran hacer:

Resultando que los referidos consortes tuvieron de su matrimonio tres hijos, Buenaventura, Dolores y Josefa, y habiendo contraído matrimonio el Buenaventura con Antonia Vilaltella, se otorgó escritura de capitulaciones en 14 de Abril de 1853, por la que los padres del Buenaventura le hicieron donación y heredamiento universal de todos sus bienes, con reserva del usufructo y otras condiciones que no son del caso: reservándose dotar y acomodar á su hija Josefa hasta en cantidad de 650 libras, y asimismo para testar á sus libres voluntades, el Francisco 2.500 libras y su consorte 500, que quedarían comprendidas en la donación si no dispusieran de ellas; que si su citado hijo muriese con sucesión legítima de aquel ú otro matrimonio que llegase á edad de testar, podría disponer de todo á sus libres voluntades, y en su defecto podría disponer únicamente de 800 libras, volviendo lo restante á los donantes ó á su heredero:

Resultando que D. Francisco Farrús y Mercader falleció sin testamento en 7 de Diciembre de 1865, y su hijo D. Buenaventura Farrús y

Baulies en 26 de Noviembre de 1875, también intestado y sin haber dejado sucesión:

Resultando que al fallecimiento de éste, su hermana Doña Dolores Farrús, alegando su calidad de hija primogénita, promovió un expediente en el Juzgado municipal de Camarasa, por virtud del cual se la declaró heredera de su padre D. Francisco Farrús y de su hermano D. Buenaventura, sin perjuicio del usufructo que disfrutaba su madre Doña Francisca Baulies, habiéndose inscrito á su favor en el Registro de la propiedad los bienes que aquellos poseían el día de sus respectivos fallecimientos:

Resultando que los consortes D. José Baldomá y Soler y Doña Josefa Farrús y Baulies dedujeron en 20 de Agosto de 1880 la demanda objeto de estos autos, en la que expusieron como hechos los antecedentes que quedan referidos, á los que añadieron que por haber fallecido intestatos tando el donante como el donatario, eran sus herederos sus hijos por partes iguales, ó lo que era lo mismo la demandante y su hermana Doña Dolores; y alegando como fundamentos de derecho, que los heredamientos son las donaciones quo por consideración al matrimonio hacen los padres á los hijos que lo contraen, ó las que éstos hacen á favor de los que esperan tener, siendo por su naturaleza irrevocables; que rigiéndose los hechos á favor de los hijos que contraen matrimonio por las reglas de las donaciones entre vivos, pueden verificarse imponiendo al donatario alguna condición; que al hacer Francisco Farrús donación á su hijo Buenaventura de todos sus bienes, estuvo en su derecho al imponerle la de que si falleciese sin prole hábil para testar, habían de volver los bienes al mismo ó á su heredero; que por haber premuerto el donador á su hijo el donatario, que también falleció sin hijos, la herencia no pudo volver á aquél ni tampoco á su sucesor, por no haber otorgado testamento; que no habiéndolo hecho tampoco el donatario, la herencia había de pasar á sus hermanos que eran Dolores y Josefa Farrús, y que en su virtud era evidente el derecho de la demandante á ser declarada heredera abintestato de su hermano D. Buenaventura en concurrencia con su hermana Doña Dolores que habia sido declarada heredera, diciéndose sustituta de aquél que también se decía que lo fué con la condición resolutoria para el caso de morir sin hijos que no llegasen á la edad de testar, no desprendiéndose tal sustitución de las capitulaciones matrimoniales expresadas; y haciendo uso de la acción de petición de herencia, pidieron se declarase que por haber fallecido intestados D. Francisco y D. Buenaventura Farrús correspondían los bienes de éstos á sus dos únicas hermanas Josefa y Dolores, condenándose á la última á dimitir y entregar á la primera la mitad de dichos bienes, después de caducado el usufructo de la madre, dejando sin efecto la declaración de heredera obtenida por Doña Dolores, con cancelación de las inscripciones hechas á su favor en el Registro de la propiedad é imposición de costas:

Resultando que los cónyuges D. Julián Guillaumet y Doña Dolores Farrús impugnaron la demanda, oponiendo la excepción de *sine actione agis*, y alegando como fundamentos de derecho que la cláusula de los capítulos matrimoniales de D. Francisco Farrús y Doña Francisca Baulies contenía un llamamiento prelativo y una sustitución absoluta para sus hijos, guardando el orden de primogenitura y prefiriendo siempre los varones á las hembras: que aquella sustitución de heredero era irrevocable como hecha en un contrato oneroso, y concurriendo en la esposa de su representada la cualidad de primogénita, era

innegable que le correspondía la herencia de su difunto común padre, salvo el usufructo correspondiente á la madre; que en la cláusula de institución de heredero hecha en los capítulos celebrados en virtud del matrimonio del difunto común hermano, se veía claramente una institución á favor de la demandada, y que el punto de partida, ó que había de tenerse en cuenta, era la capitulación matrimonial de los padres comunes de los litigantes, puesto que constituía la base de la marcha sucesiva de la familia:

Resultando que los demandantes replicaron que por haber fallecido Buenaventura Farrús sin testamento, correspondían á Doña Josefa en su calidad de hermana 400 libras, mitad de 800 que el padre común le donó para que pudiese disponer á su voluntad, caso de fallecer sin hijos; que habiendo inscrito Doña Dolores Farrús la herencia en su favor en el Registro de la propiedad, debía hacerse su división desde luego, previa la declaración de coheredera á favor de la demandante sin esperar el fallecimiento de la madre usufructuaria, y condenar á aquélla al pago de las 400 libras que le correspondían por haber fallecido su hermano intestado, las cuales habían de deducirse de la mitad de los bienes que le pertenecían siendo por ello obligado á otorgar la correspondiente escritura de división:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó en 13 de Abril de 1882 sentencia revocatoria, y declarando que por haber fallecido intestados Francisco y Buenaventura Farrús, correspondían los bienes de éstos á sus dos únicas hermanas Josefa y Dolores Farrús, condenó á dicha Dolores Farrús á dimitir y entregar á Josefa Farrús, consorte de José Baldomá, la mitad de dichos bienes, después que haya caducado el usufructo que de ellos tiene la madre común Francisca Baulies y Bastida, dejando sin efecto la declaración de heredera obtenida por dicha Doña Dolores Farrús, con cancelación de las inscripciones hechas á su favor en el Registro de la propiedad, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que los consortes demandados D. Julián Guillaumet y Doña Dolores Farrús interpusieron recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

1º La invariable jurisprudencia y práctica constante del antiguo Principado de Cataluña, según la cual las capitulaciones matrimoniales tienen la fuerza de últimas voluntades, jurisprudencia que ha sido sancionada por este Supremo Tribunal en las sentencias, entre otras de 23 de Marzo de 1861, 4 de Junio de 1866, 15 de Abril de 1871 y 28 de Abril de 1878, por cuanto no se había dado el valor que tenían á las capitulaciones matrimoniales de Francisco Farrús y Francisca Baulies, al suponer que después de la muerte del primero se debía abrir la sucesión abintestato, despreciando lo dispuesto por aquéllos;

Y 2º La jurisprudencia anteriormente citada y con ella la ley de los dos contratos que tenían fuerza de última voluntad, á saber las capitulaciones matrimoniales de 1824 y 1854, y juntamente con ellas la doctrina de que las cláusulas de un contrato y de una última voluntad deben entenderse llanamente como ellas suenan; pues la sentencia no había respetado la institución de heredera á favor de la hija mayor de edad hecha en las capitulaciones de 1824, ratificada en la de 1854, al disponer que en el caso de morir Buenaventura sin hijos, volvían los bienes al donante ó á su heredero:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que hace supuesto de la cuestión para alegar como infringidos las doctrinas y jurisprudencia que se citan en los dos motivos del recurso, porque estando concebido el heredamiento que se establece en los capítulos matrimoniales de Francisco Farrús, con la cláusula de hijos por hijos é hijas por hijas, es prelativo, condicional y respectivo al caso de concurrir hijos de dos matrimonios, que no llegó á tener lugar, y además quedó cumplido con la institución de heredero y donación de todos sus bienes otorgada por el Francisco Farrús á favor de su único hijo varón Buenaventura Farrús en las capitulaciones otorgadas con motivo del matrimonio de aquél con Antonia Villaltella, y por consiguiente al declarar la sentencia recurrida que por haber muerto intestados Francisco y Buenaventura Farrús corresponden sus bienes á las dos únicas hermanas del último, Josefa y Dolores, no infringe las doctrinas que se citan en los motivos del recurso, puesto que se atempera á lo ordenado por el Francisco Farrús en la disposición antes citada, para en el caso que se realizó de que el Buenaventura muriese sin hijos, revertiesen los bienes á los donantes ó su heredero, que lo son Josefa y Dolores como únicas hermanas de Buenaventura, y entre las cuales no estableció preferencia alguna el citado Francisco, cuya disposición es la única que resta por cumplir;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los consortes D. Julián Gillaumet y Martí y Doña Dolores Farrús y Baulies, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 18 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 28 de Febrero de 1884.)

370

Recurso de casación (20 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—PETICIÓN DE HERENCIA.—No ha lugar al interpuesto por D. Juan Dardiñá con D. Juan Ramón Alás (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que no infringe la voluntad del testador, ni la ley* 5ª, *tít.* 33, *Partida* 7ª, *la sentencia que las aplica rectamente;*

Y 2° Que cuando se trata de interpretación de cláusulas diversamente redactadas, el Tribunal Supremo se atiene al texto de cada una de ellas, y no puede invocarse jurisprudencia fundada en precedentes que han recaido sobre casos desiguales, á que no siempre son aplicables las reglas dictadas por dicho Tribunal en excepciones reclamadas por llamamientos especiales de los testadores.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Beltrán de Barcelona y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Juan Dardiñá y Amat, comerciante, con D. Juan Ramón Alás, panadero, en representación de sus hijos menores D. Juan, D. Jaime y Doña María Ramón y Dardiñá, vecinos ambos de dicha ciudad de Barcelona, sobre petición de herencia; pendiente en este Tribu-

nal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Enrique Ucelay y el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez, en defensa y representación del demandante; habiendo sido defendidos y representados en este recurso los demandados por el Licenciado D. Agustín Ondovilla y el Procurador D. Federico Grases Riera:

Resultando que D. Miguel Dardiñá y Trabé falleció en 20 de Julio de 1876, bajo testamento otorgado en Barcelona en 14 de Marzo de 1874, en el que después de hacer diferentes legados, instituyó y nombró por su heredero universal á su sobrino D. Miguel Dardiñá y Amat, declarando que dado el caso de premorirle dejando hijos legítimos y naturales, pasase la herencia á éstos de la manera que hubiera dispuesto su padre, y de no, por partes iguales; y no dejando hijos legítimos y naturales, la herencia pasará á D. Jaime Dardiñá y Amat, en las mismas condiciones y prevenciones; de no cumplirse éstas, á su sobrina Doña Margarita Dardiñá y Amat con las mismas condiciones y prevenciones; de no cumplirse éstas, á su sobrino D. Juan Dardiñá y Amat; haciendo después otros llamamientos en la misma forma y con iguales palabras:

Resultando que en 30 de Octubre de 1880 dedujo D. Juan Dardiñá Amat la demanda origen de este pleito, en la que fundado en dicho testamento, y alegando que el primer heredero instituído D. Miguel Dardiñá y Amat poseyó la herencia hasta el 31 de Agosto de 1877 en que falleció sin hijos legítimos y naturales; que D. Jaime Dardiñá, segundo llamado ó primer sustituto, falleció también sin sucesión en 5 de Noviembre de 1879, habiendo ya fallecido en esta fecha Doña Margarita Dardiñá, llamada en tercer lugar, cuya defunción tuvo lugar en 14 de Setiembre de 1878; que dicha Doña Margarita dejó tres hijos llamados María, Juan y Jaime, á los que nombró herederos en su último testamento, y usufructuario á su marido D. Juan Ramón y Alás; y que éste consignó que se les pusiera á sus hijos en posesión de la herencia de D. Miguel Dardiñá y Trabé; concluyó solicitando que en uso de la acción *petitio hæreditatis* que ejercitaba, se declarase en definitiva que era heredero universal de su tío D. Miguel Dardiná y Trabé; y se condenase en su consecuencia á D. Juan Ramón Alás, en representación de sus hijos menores, á entregarle todos los bienes de que hubiesen sido puestos en posesión, procedentes de la herencia de dicho D. Miguel, con los frutos percibidos y podidos percibir desde que entraron en dicha posesión:

Resultando que D. Juan Ramón Alás contestó la demanda en la indicada representación en que litiga, invocando en oposición á ella la excepción *sine actione agis*, y pidiendo que se absolviese de dicha demanda con imposición al actor de perpetuo silencio y pago de costas, alegando en su apoyo que Doña Margarita instituyó herederos á sus tres hijos, sustituyéndoles mútuamente para el caso de que alguno de ellos falleciese en la impubertad; y que por lo tanto habiendo fallecido sin hijos D. Jaime Dardiñá y Amat, y habiéndole premuerto su hermana Doña Margarita, la herencia en cuestión tuvo que pasar y pasó á los hijos y herederos de ésta:

Resultando que la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Barcelona dictó sentencia en estos autos en 17 de Noviembre del año próximo pasado, revocando la que había dictado el Juzgado y absolviendo á D. Juan Ramón y Alás, en su calidad de representante de sus hi-

jos D. Juan, D. Jaime y Doña María Ramón y Dardiñá, de la demanda entablada por D. Juan Dardiñá y Amat:

Resultando que D. Juan Dardiñá y Amat interpuso recurso de casación, por considerar infringidas:

1° La voluntad del testador en materia de testamentifacción, que es la ley que principalmente debe respetarse, según la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en multitud de fallos, entre otros, en los de 17 de Marzo de 1874 y 6 del mismo mes de 1875, por cuanto ni puede deducirse de la lectura de la cláusula testamentaria de D. Miguel Dardiñá y Trabé que quiso llamar directamente á la herencia á los hijos de su sobrina Margarita, ni se ha cumplido la condición que según la misma cláusula era preciso que se cumpliese para que tal llamamiento pudiese tener lugar:

2° La ley 5ª, tít. 33, Partida 7ª, según la cual las palabras de los testadores deben entenderse llanamente y como suenan, porque es evidente que entendiendo de este modo la cláusula testamentaria de que se trata no puede lógicamente deducirse que los hijos de Doña Margarita fuesen llamados directamente á la herencia de D. Miguel Dardiñá, aunque su madre hubiese premuerto al heredero que con arreglo al testamento fué instituído con anterioridad á ella, puesto que las palabras «con las mismas condiciones y prevenciones» entendidas llanamente y como suenan le colocan en la misma situación respecto al testador en que quedó colocado el heredero instituído en primer lugar:

3° La doctrina legal constantemente sancionada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 24 de Abril de 1867, 28 de Setiembre del mismo año; 24 de Diciembre de 1874, y muy especialmente en la de 22 de Mayo de 1880, de que en toda institución hereditaria é igualmente en las instituciones es requisito indispensable que el instituído y el instituto en su caso tengan capacidad para aceptar la herencia al cumplirse la condición impuesta por el testador, y por consiguiente el instituto que premuere al instituído habiendo sido llamado expresamente para cuando éste fallezca sin hijos, no ha podido adquirir ningún derecho porque no ha llegado el caso de la institución, puesto que Doña Margarita Dardiñá premurió á D. Jaime que era á quien debía sustituir con arreglo al testamento de D. Juan, y no pudo por consiguiente aceptar la herencia á la muerte de D. Jaime ni adquirir derechos de ningún género sobre ella;

Y 4° La doctrina establecida asimismo por este Tribunal Supremo en sentencias de 24 de Abril de 1867, 25 de Abril de 1881 y en otras, de que á nadie se trasmiten derechos que no se tiene, por cuanto Doña Margarita no pudo trasmitir á sus hijos derechos que nunca llegó á tener sobre la herencia en cuestión:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Díaz de Rueda:

Considerando que la sentencia no infringe la voluntad del testador invocada en el primer motivo, ni la ley citada en el segundo, sino que por el contrario les aplica rectamente, porque instituída en tercer lugar Doña Margarita Dardiñá con las mismas condiciones y prevenciones que lo había sido el primero D. Miguel Dardiñá, el llamamiento expreso y directo de los hijos de éste en caso de premoriencia del mismo es igualmente aplicable á los hijos de aquélla, entendiendo así llanamente y como suenan las palabras del instituyente:

Considerando que tampoco infringe las doctrinas expresadas en los motivos 3° y 4°, porque cuando se trata de interpretación de cláusulas

diversamente redactadas, el Tribunal Supremo se atiene al texto de cada una de ellas, y no puede invocarse jurisprudencia fundada en precedentes que han recaído sobre casos desiguales, á que no siempre son aplicables las reglas mencionadas en dichos motivos, sino excepciones reclamadas por llamamientos especiales de los testadores;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Juan Dardiñá y Amat, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 20 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 29 de Enero de 1884.)

371

Recurso de casación (20 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—VALIDEZ DE UN CODICILO.—RESTITUCIÓN DE BIENES.—Ha lugar en parte al interpuesto por Doña Josefa Magariños con D. Benito Seárez (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1° *Que la voluntad del testador solemnemente consignada en un codicilo de legar ciertos bienes á una persona, ni racional ni legalmente puede entenderse revocada por la escritura posterior en cuya virtud hizo donación al mismo legatario de la casi totalidad de aquellos bienes; porque este último acto, lejos de revelar propósito alguno de invalidar ó revocar aquella voluntad, constituye por el contrario un testimonio palpable de que el testador perseveraba y se ratificaba en el afecto demostrado al legatario, anticipándole la propiedad y la posesión de su legado; no siendo por lo tanto aplicables al caso las leyes* 2ª, *tít.* 5°, *libro* 3° *del Fuero Real, y* 17, 40 *y* 43, *tít.* 9° *de la Partida* 6ª, *encaminadas sólo á resolver las dudas posibles cuando el testador dispone de los objetos legados en favor de terceras personas ó de cualquier otra forma:*

2° *Que perfectamente compatibles entre sí, según lo expuesto, el legado y la donación de que se trata rectamente entendidos, legítimo es también el derecho del legatario declarado por la sentencia para obtener los bienes que no han podido ser objeto de la donación por impedirlo la ejecutoria que la declaró excesiva, pero no nulo el legado, porque no fué esta la materia de aquel juicio, ni cabría en el presente declarar esa nulidad sin infringir la voluntad del testador, que como ley en la materia por nadie ha sido puesta en duda; cediendo ante esta suprema consideración por improcedentes las infracciones de ley que se alegan de la cosa juzgada, de la ley* 7ª, *tít.* 10 *de la Partida* 3ª *y de la doctrina en su consecuencia establecida por el Tribunal Supremo;*

Y 3° *Que la sentencia que no es congruente con la demanda, infringe la ley* 16, *tít.* 22 *de la Partida* 3ª.

En la villa y corte de Madrid, á 20 de Diciembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Caldas de Reys, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. Benito Seárez Vázquez, Médico Cirujano, vecino de Santa Columba de Louro, con Doña Josefa Magariños Oliveira, propietaria, de la misma vecindad, sobre validez de un codicilo y restitución de bienes con frutos; autos

que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de Doña Josefa Magariños por el Procurador D. Manuel Martín Veña, bajo la dirección del Licenciado D. Gerardo Neyra Flórez, habiendo representado y defendido al Seárez Vázquez el Procurador D. Ignacio de Santiago y el Licenciado D. Rafael Villar y Rivas:

Resultando que D. Francisco Oliveira Ferre, Presbítero, por testamento otorgado en 16 de Mayo de 1870, revocatorio de disposiciones anteriores, después de varios legados que en el mismo hizo instituyó por única y universal heredera en el remanente de sus bienes á su sobrina Doña Josefa Magariños Oliveira, casada con D. José María Romero:

Resultando que en 24 de Marzo de 1872 el mismo D. Francisco Oliveira otorgó un codicilo con objeto de adicionar el testamento de 16 de Mayo de 1870 y dejar asegurada en igual forma la ejecución de sus nuevas disposiciones, en cuyo codicilo legó á D. Benito Seárez Vázquez, casado con su sobrina Doña Ramona Magariños Oliveira, de la casa nueva habitación y residencia del testador, con sus casitas y huerta unida y todos los muebles, ropas y semovientes que á su muerte se encontrasen en las mismas y varios bienes raíces que determinó, expresándose que si el instituído heredero en el testamento se opusiese á lo legatado fuera desheredado, recayendo por virtud de ello la herencia del testador en el D. Benito Seárez:

Resultando que en 29 de Abril de 1872 el Presbítero D. Francisco Oliveira otorgó escritura, por la que hizo á D. Benito Seárez gracia y donación perfecta é irrevocable de varios bienes que en su mayor parte ya le había legatado en el codicilo, expresando que el donante usufructuaría los bienes donados durante su vida y á su muerte el donatario adquiriría el dominio absoluto, pudiendo desde luego apoderarse de ellos con los frutos que contuvieran, inclusos los semovientes: que los bienes no valían más de 1.875 pesetas, y si más valieran, también hacía del resto gracia al donatario: que al ocurrir su fallecimiento, ó antes si el agraciado conviniere, podría exigir de D. José María Romero que desalojase o extrajese un horno que por gracia del donante tenía colocado en la finca llamada Asiento; y que si alguno de los herederos instituídos en su testamento de 16 de Mayo de 1870 ó que por su revocación instituyese en lo sucesivo fuera contra lo estipulado en la donación, se entendiera de hecho desheredado, pasando la parte de herencia en que la institución consistiera al donatario Seárez, concluyendo con la manifestación de que no tenía herederos forzosos ni la donación era inmensa, cabiendo dentro de lo que las leyes permitían donar:

Resultando que D. Francisco Oliveira falleció en 6 de Octubre de 1872, y en su consecuencia D. Benito Seárez promovió interdicto de adquirir la posesión de los bienes de que el repetido Oliveira le había hecho gracia por la donación de 29 de Abril de 1872, la que obtuvo, requiriéndose á su instancia á D. José María Romero en 3 de Diciembre de dicho año para que reconociese por dueño y legítimo poseedor al Seárez de los bienes donados y de que entrara en posesión por el expresado interdicto:

Resultando que en 8 de Abril de 1873, D. José María Romero en concepto de esposo de Doña Josefa Magariños Oliveira, propuso demanda por acción real sobre varias fincas contra D. Benito Seárez, pidiendo en ella que se condenase al demandado á dejar libres y á su dis-

posición las fincas reclamadas con frutos desde la muerte de D. Francisco Oliveira, y declarando previamente, si preciso fuera, de ningún valor ni efecto los títulos que aquél invocara en su derecho; admitida dicha demanda, Seárez se opuso á ella pidiendo se le absolviera de la misma con costas y perpetuo silencio al demandante declarándose al propio tiempo que Doña Josefa Magariños Oliveira por el mero hecho de entablar su reclamación había perdido el derecho que tenía á la herencia de D. Francisco Oliveira Ferro y quedaba privada de la misma, habiendo pasado ésta y perteneciendo al demandado, en cuyo sentido debía condenarse al Romero, como marido de aquélla, á que se la entregara é hiciera suelta y dejación con frutos desde la muerte del expresado Oliveira, pues acerca de ella daba por interpuesta la más correspondiente reconvención y mutua petición; y seguido el pleito por todos sus trámites, terminó por sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1878, por la que se declaró nula la donación otorgada en 29 de Abril de 1872 por el Presbítero D. Francisco Oliveira Ferro á D. Benito Seárez en cuanto excediese de la cantidad de 30.073 reales 18 maravedises, equivalentes á los 500 maravedises de oro que permite donar sin insinuación la ley 9ª, tít. 4º, Partida 5ª, y en su consecuencia se condenó al D. Benito Seárez á que dejase á disposición de la demandante los bienes comprendidos en dicha donación que excedieren de la cantidad mencionada, con los frutos producidos y debidos producir desde la contestación á la demanda, absolviendo á Doña Josefa Magariños Oliveira de la reconvención deducida contra la misma por el demandado Seárez:

Resultando que en 13 de Enero de 1879 D. Benito Seárez Vázquez propuso demanda sobre que se declarase la validez y subsistencia del codicilo otorgado por el Presbítero Oliveira el 24 de Marzo de 1872: que se condenase á la demandada Doña Josefa Magariños á restituir al actor, con los frutos producidos y debidos producir, los bienes comprendidos en una relación que á la demanda se acompañó: que se la condenase igualmente á la restitución de la herencia del mismo Presbítero, con los frutos á la misma correspondientes y las costas, y que se entendiera el demandante dispensado de hacer restitución alguna de las mencionadas en el codicilo y con derecho en su caso á recobrarlos; estableciendo al efecto como puntos de hecho, después de hacer mérito de los antecedentes relacionados, que Doña Josefa Magariños se hallaba incautada sin razón de los bienes que figuran en una relación acompañada con la demanda, todos los cuales según el codicilo correspondían al demandante; y como fundamentos de derecho que en un codicilo abierto no sólo se pueden dejar mandas, sino también hacer designación de heredero y modificar por consiguiente la que en el testamento se haya hecho: que un codicilo no se entiende revocado por una donación en que se amplía la gracia concedida en él: que la excepción de cosa juzgada no procede cuando se demanda en virtud de nuevo título; y que el detentador de mala fe sin título debe restituir la cosa que detenta, no tan sólo con los frutos producidos, sino con los debidos producir:

Resultando que Doña Josefa Magariños se opuso á la demanda, pidiendo en su escrito de contestación que se le absolviera de ella con las costas al demandante; al efecto expuso, además de ciertos particulares que aparecen relacionados en los antecedentes, que por la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1878, no sólo se

declara nula en su mayor parte la donación por no estar insinuada, condenando á Seárez á restituir con frutos los bienes, sino que se absolviera á la demandante de la reconvención: que actualmente volvían á hacerse materia de reclamación judicial los bienes del anterior litigio, reclamándoles el demandante como dueño, en virtud del codicilo, á la manera que antes los quería por estar comprendidos en la donación y queriendo la herencia del Presbítero de igual manera que por reconvención la reclamara anteriormente; cuidando de hacer constar el fundamento de la demanda en un título diverso de la donación, aunque sin exponer serle conocido este título al instar el otro pleito: que el codicilo de 24 de Marzo de 1872, base de la actual demanda, fuera objeto de referencia expresa en la donación, habiendo sido citado y compulsado en el anterior pleito: que ni en la sentencia de este Tribunal Supremo ni en las de primera y segunda instancia se hiciera reserva alguna de derecho al Seárez por razón del codicilo ni por ningún otro concepto; y que la cláusula penal codicilar no obstaba á Doña Josefa Magariños por no haberle sido notificada: que la donación de 29 de Abril de 1872 revocó el codicilo de 24 de Marzo anterior: que dicha donación fué válida en sí misma y se anuló en sus efectos en cuanto excediese de 500 maravedises de oro por la falta de insinuación, de la cual es responsable el donatario: que no cabe presumir que fuera voluntad del donante mantener en vigor un codicilo en el cual legataba las mismas cosas que eran objeto de la donación: que por la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1878 se declara nula la donación de 29 de Abril de 1872 en cuanto excede de 30.073 rs. con 18 maravedises vellón de la moneda entonces actual; de forma que de los bienes donados comprendidos anteriormente en el codicilo tenía Don Benito Seárez derecho á los que valgan la expresada suma, y siendo dueño de ellos por título de donación, mal puede serlo por título de codicilo; pues declarada aquélla válida por ejecutoria en la cantidad expresada, no puede declararse válido y subsistente el codicilo, porque ambas sentencias habían de contradecirse como se contradecían ambos títulos: que aun suponiendo que el codicilo no quedase revocado por la donación posterior, no podía invocarse útilmente después de un fallo obtenido en un pleito entre las mismas personas sobre iguales cosas é idénticas acciones: que una ley penal no es de aplicación cuando no se hizo saber en debida forma á la persona á quien haya de perjudicar, además de que la demandada en este pleito no se oponía á lo consignado por el Presbítero Oliveira en el codicilo, limitándose á afirmar que el demandante no podía hacer valer este título por hallarse revocado, y aun no estándolo tampoco podría hacerlo valer después del pleito anterior; y que la demandada no era poseedera de mala fe, porque el testamento es el justo título que la acredita como dueña de las cosas que se la reclamaban, en cuyo concepto consignó anular la donación invocada anteriormente por Seárez y que se condenara á éste á entregar con frutos las fincas que aun retenía y eran objeto de su demanda actual:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica las partes dieron por fijados definitivamente los mismos puntos de hecho y de derecho de su demanda y contestación respectiva: que recibido el pleito á prueba y practicadas las propuestas, el Juez de primera instancia dictó sentencia, de la que interpuso apelación Doña Josefa Magariño Oliveira; y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por

sentencia de 28 de Marzo de 1883, confirmatoria en parte de la apelada, declaró válido el codicilo otorgado por el Presbítero D. Francisco Oliveira Ferro en 24 de Marzo de 1872 y subsistente el legado hecho á favor de D. Benito Seárez Vázquez únicamente en cuanto á los bienes que no han podido ser objeto de la donación de 29 de Abril siguiente, condenando á Doña Josefa Magariños á que entregue al Seárez Vázquez la finca ó pinar llamado de Soco, con los frutos producidos y debidos producir desde la contestación á la demanda, y los demás bienes no imputados en la donación referida, caso de haber sido restituídos á virtud de la ejecutoria de este Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1878, con los frutos respecto á ellos desde el escrito de contestación á la otra demanda del pleito sobre nulidad de dicha donación; y absolvió á la Magariños de la restitución de los semovientes, muebles y frutos de que trata la relación del folio 11 de la pieza principal y de las demás pretensiones que contiene la demanda origen de estos autos, sin hacer especial condenación de costas de primera ni de segunda instancia:

Resultando que por parte de Doña Josefa Magariños Oliveira se interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1º Que el codicilo de 24 de Marzo de 1872, que se invoca como fundamento único de la demanda, quedó revocado por la donación de 29 de Abril, en cuanto ambos títulos se refieren á unos mismos bienes: que por consiguiente la sentencia recurrida infringe las leyes 2ª, título 5º, libro 3º del Fuero Real, y 17, 40 y 43, tít. 9º de la Partida 6ª, en el concepto de declarar subsistente el legado que por su propia naturaleza jurídica á tenor de dichas leyes quedó revocado por la donación posterior:

2º Que la sentencia que estimó en este pleito la acción fundada en el codicilo, siendo así que en pleito anterior excepcionara Seárez, ejercitando el derecho derivado de la donación, infringe en este concepto la ley 7ª, tít. 10 de la Partida 3ª, en la cual si bien se faculta al litigante para deducir varias demandas en una sola, y la condición del demandado para este caso debe reputarse igual á la del demandante, se exceptúa el caso de que «sea contraria la una de la otra, ca si tales fuesen non lo podría facer;» pensamiento que el legislador condena en estas otras palabras de la misma ley: «mas debe escoger la una dellas cual se quisiese catando en cual dellas le yace mayor pro; y escogiendo la una non puede después tornar á la otra:»

3º Que es contrario á la cosa juzgada conceder á D. Benito Seárez los mismos bienes que está condenado á entregar por la ejecutoria de este Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1878 en el pleto á que esta ejecutoria puso término: que Doña Josefa Magariños invocó al contestar la demanda la excepción de cosa juzgada; y la sentencia recurrida que desestimó esa excepción, condenando á la demandada á entregar al demandante los bienes no imputados en la donación de que se ha hecho mérito, caso de haber sido restituídos á virtud de la ejecutoria de este Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1878, infringe esta ejecutoria, así como la ley 19, tít. 22 de la Partida 3ª, y la doctrina legal establecida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1857; 4 de Marzo de 1865, 31 de Diciembre de 1866, 27 de Octubre de 1864, 9 y 11 de Marzo y 4 de Diciembre de 1865, 5 de Marzo, 9 y 30 de Junio de 1866 que condenan toda la doctrina relativa á la cosa juzgada:

4° Que D. Benito Seárez no pidió en la demanda ni en escrito alguno del pleito otros frutos que los correspondientes á los bienes comprendidos en la relación que acompañó, y respecto á los demás bienes comprendidos en el codicilo y que figuran en la donación se limitó á pedir que se *le dispensase de entregarlos y en su caso con derecho á recobrarlos*, el Juez lo estimó así; pero la Sala de la Audiencia condenó al recurrente á entregar al demandante los bienes no imputados en la donación, caso de haber sido restituídos á virtud de la ejecutoria de este Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1878, *con los frutos respecto á ellos desde el escrito de contestación á la otra demanda del pleito sobre nulidad de dicha donación*, infringiendo la ley 16, tít. 22 de la Partida 3ª, en el concepto de que el juzgador «debe catar afinadamente qué cosa es aquélla sobre que contienden las partes ante é en juicio, é otrosi en qué manera facen la demanda; é sobre todo qué averiguación ó qué prueba es fecha sobre ella; á estonce debe dar juicio sobre aquella cosa;» infringiendo así bien la doctrina establecida por este Tribunal Suprimo en sentencias de 20 de Junio y 12 de Octubre de 1859, 26 de Marzo de 1860, 12 y 18 de Enero, 22 de Marzo y 7 de Abril de 1866, según las que es nula la sentencia que extralimita la demanda aunque sólo sea condenando á la devolución de mayor cantidad de frutos que los que se piden por el demandante: que la sentencia debe contraerse á las peticiones hechas oportunamente en la demanda, y que procede la casación contra las que deciden sobre objetos que no se han reclamado:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la voluntad del testador D. Francisco Oliveira, solemnemente consignada en ese codicilo de 24 de Marzo de 1872 de legar ciertos bienes á D. Benito Seárez, ni racional ni legalmente puede entenderse revocada por la escritura de 29 de Abril siguiente, en cuya virtud hizo donación al mismo legatario de la casi totalidad de aquellos bienes, porque este último acto, lejos de revelar propósito alguno de invalidar ó revocar aquella voluntad, constituye por el contrario un testimonio palpable de que el testador perseveraba y se ratificaba en el afecto demostrado al Seárez, anticipándole la propiedad y la posesión de su legado; no siendo por lo tanto aplicables al caso las leyes que se citan en el primer motivo del recurso, encaminadas sólo á resolver las dudas posibles cuando el testador dispone de los objetos legados en favor de terceras personas ó de cualquier otra forma:

Considerando que perfectamente compatibles entre sí según lo expuesto el legado y la donación de que se trata rectamente entendidos, legítimo es también el derecho del legatario Seárez declarado por la sentencia para obtener los bienes que no han podido ser objeto de la donación por impedirlo la ejecutoria de 12 de Noviembre de 1878 que la declaró excesiva, pero no nulo el legado, porque no fué esta la materia de aquel juicio, ni cabría en el presente declarar esa nulidad sin infringir la voluntad del testador, que como ley en la materia por nadie ha sido puesta en duda, cediendo ante esta suprema consideración por improcedentes todas las infracciones de ley, de cosa juzgada y de doctrina que contra la sentencia se invocan en los motivos 2° y 3° del recurso:

Considerando, en orden al cuarto y último motivo, que la sentencia al condenar á la demandada Doña Josefa Magariños al abono desde la contestación de la demanda en el otro pleito de los frutos producidos

por los bienes no imputados en la donación, caso de haber sido restituídos á virtud de aquella ejecutoria, infringe en efecto la ley 16, título 22 de la Partida 3ª y la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, entre otras razones, por la principal de no haber sido reclamados esos frutos por el demandante;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Josefa Magariños Oliveira en cuanto á los tres primeros motivos, y que ha lugar a dicho recurso en lo referente al cuarto motivo, ó sea á la parte de la sentencia de la Audiencia que condena á la recurrente al abono desde la contestación de la otra demanda en el pleito sobre nulidad de la donación de los frutos producidos por los bienes no imputados en la donación; en cuyo extremo casamos y anulamos la referida sentencia.—(Sentencia publicada el 20 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 29 de Enero de 1884.)

372

Competencia en asunto de Ultramar (21 *de Diciembre de* 1883).—*Sala tercera.*—Pago de pesos.—Se decide á favor del Juzgado de primera instancia del distrito de Belén de la Habana la suscitada con el de igual clase de el del Centro de Madrid, sobre conocimiento de la demanda entablada por Doña Cristina Cagigal contra Doña Francisca Aguilar, y se resuelve:

1° *Que según lo dispuesto en el art.* 2° *de la ley de Enjuiciamiento civil del* 55 *y en el* 56 *de la Novísima, es Juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase aquel á quien los litigantes se hubieren sometido; reputándose expresa la sumisión, según el art.* 1° *de la primera ley citada, cuando los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero propio, designando con toda precisión el Juez á quien se someten, y prohibiendo el art.* 75 *de dicha ley novísima proponer la inhibitoria ni la declinatoria al litigante que se hubiera sometido al Juez que conozca del asunto;*

Y 2° *Que es de ley y de jurisprudencia que lo pactado sobre la renuncia de fuero por las partes contratantes obliga á sus herederos, lo mismo que si se tratase del cumplimiento de cualquiera otra de las cláusulas contenidas en el contrato.*

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Diciembre de 1883, en la competencia que ante Nos pende, promovida por el Juez de primera instancia del distrito del Centro de esta capital al de igual clase del distrito de Belén de la ciudad de la Habana acerca del conocimiento de la demanda deducida por Doña Cristina Cagigal y otros contra Doña Francisca Aguilar, Condesa viuda de San Ignacio, sobre pago de pesos:

Resultando que en escritura otorgada en la ciudad de la Habana á 22 de Setiembre de 1873 entre D. Rafael de Toca, Conde de San Ignacio, vecino de dicha ciudad, y D. José María Cagigal y Peruela, éste por sí y en representación de D. Jenaro Cagigal y Toca y Gómez, D. Jenaro y Doña Cristina Cagigal y Toca, de Doña Matilde, D. Eduardo y D. Vicente Cagigal y Peruela, de D. Eustaquio, D. Gervasio y Doña Margarita de Toca y Gómez, y de D. Hipólito de la Tejera y Gómez, mani-

festaron ambos comparecientes que Doña Joaquina Gómez, en testamento otorgado en 2 de Junio de 1860 legó á sus parientes avecindados en la provincia de Santander la suma total de 1.460.000 pesos, en la forma que en el citado testamento se expresa y aparece de la escritura, cantidad que estaba obligado á pagar D. Rafael de Toca, en virtud de nommbramiento de heredero hecho á su favor y aceptación que tenia hecha del mismo: que habiendo venido á demostrar la experiencia la imposibilidad por parte del heredero de cumplir la voluntad del testador en cuanto á los plazos en que debían pagarse los legados, se había limitado á entregar parte de los mismos, de la que se daban por pagados los dichos legatarios: que en tal virtud quedaba el heredero D. Rafael de Toca adeudando en la forma que en la escritura se expresa la suma en junto de 960.814 pesos y 57 centavos, y con los intereses de demora estipulados formaban un total de 1.015.447 pesos y 45 centavos, y convinieron que la expresada cantidad sería pagada en los plazos que al efecto se estipulaban, librando D. Rafael de Toca por cuenta y riesgo de todos los legatarios el importe de cada plazo en letras sobre Londres que le merecieran su entera confianza, fijando como tipo máximum por razón de cambio el 25 por 100 sobre dicho papel á la par de 4 pesos 44 centavos por libra esterlina; entendiéndose que el quebranto mayor sería de cuenta de Toca y quedaría la diferencia, si fuese menor, en beneficio de los legatarios: que las citadas letras las remitiría el heredero á la persona que los legatarios autorizasen al efecto, la que en su representación remitiría a aquél el oportuno recibo en forma legal; y al cumplimiento de lo convenido se obligó D. Rafael de Toca, Conde de San Ignacio, renunciando en su caso expresamente el fuero de su domicilio para el caso de que variase el que entonces tenía en la Habana, y sometiéndose á la justicia ordinaria de aquella capital, á fin de que ante ella pudiera ser compelido al cumplimiento de las obligaciones que en la escritura se imponía:

Resultando que con presentación de esta escritura y documentos necesarios para acreditar su personalidad, dedujeron Doña Cristina Cagigal y consortes, como legatarios de D. Joaquín Gómez ó causa habientes de éstos, demanda ordinaria contra Doña Francisca Aguilar, Condesa viuda de San Ignacio, y D. Claudio Iglesia, en concepto ambos de curadores de D. Rafael y D. José de Toca, hijos y herederos del difunto Conde de San Ignacio; manifestando, después de referirse á los antecedentes que resulten de la escritura reseñada, que habiéndose hecho los giros correspondientes á los plazos de 1874, 75 y 76 al tipo de 17 y medio por 100 aproximadamente, debía el heredero la diferencia de dicho tipo al de 25 por 100, señalado como máximum en la escritura de 22 de Setiembre de 1873, asi como el de los intereses de demora en que habían incurrido: que aquellas diferencias importaban aproximadamente, según liquidación acompañada, ya que había servido de base en tipo de 17 y medio por 100, la cantidad de 14.716 pesos 27 centavos: que los intereses debían ser calculados á razón del 8 por 100 anual en cada uno de los tres años, é importaban hasta el 30 de Junio anterior 44.391 pesos 90 centavos, y que en la ejecución que habían entablado en Mayo de 1880 no se comprendió en esa diferencia de cambio ni esos intereses: que estando acordado que quedaría á beneficio de los legatarios dicha diferencia de cambio, tenían derecho á reclamarla hoy; y habiendo incidido en mora, tanto el heredero como sus sucesores, debían abonar intereses, porque en defecto del pago

puntual de los plazos y de esa diferencia de cambio no podían presentar el convenio en que se acordaba cosa alguna en contrario á lo estipulado en la escritura de 22 de Setiembre de 1876: que mientras no se satisfagan dichos intereses siguen devengando los cuatro plazos de los años 1877 á 1880; y concluyeron solicitando se hubiera por interpuesta la demanda contra los herederos de D. Rafael de Toca, Conde de San Ignacio, por la cantidad de 44.391 pesos 90 centavos que importan los plazos vencidos y no pagados y por los que se causen hasta que se solvente por la suma de 14.716 pesos 27 centavos que arroja aproximadamente la diferencia de cambio mencionada, ó por la que llegue á fijarse con exactitud en el curso del juicio; y en definitiva se condenase á dichos herederos al pago de lo que adeuden por los dos conceptos expresados, y al de todas las costas del juicio:

Resultando que conferido traslado de dicha demanda á Doña Francisca Aguilar, Condesa viuda de San Ignacio, y D. Claudio Iglesia, en el concepto expresado, fué citada y emplazada la primera por medio de exhorto que al efecto se libró al Juez Decano de los de esta corte, repartido al del distrito del Centro, al cual acudió dicha demandada, haciendo uso de la inhibitoria y solicitando después de manifestar que D. Claudio Iglesia había renunciado el cargo de curador, por lo que le correspondía á ella de derecho representar á sus hijos ante los Tribunales, que se declarase competente el Juzgado para conocer de la demanda en atención á tratarse del cobro de unas diferencias é intereses que no estaban cifrados en obligación alguna, y á utilizarse una acción personal exigible ante el Juez del domicilio de los demandados, ó sea de esta corte, con arreglo al párrafo primero del art. 62 de la ley de Enjuiciamiento civil, y oído el Promotor fiscal, que estuvo conforme con la inhibición pretendida, el referido Juez del distrito del Centro, declarando haber lugar á ello, dispuso requerir en forma al Juzgado de Belén de la Habana á fin de que remitiera los autos al Juzgado como único competente para conocer de la demanda:

Resultando que el Juez del distrito de Belén de la Habana, después de oir á los demandantes, que impugnaron la inhibición, dictó auto en 1° de Diciembre de 1882, por el que declaró no haber lugar á la inhibición solicitada, fundándose al efecto en el art. 2° de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en la isla de Cuba, y art. 56 de la novísima ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881 vigente en la Península; y en que D. Rafael de Toca, Conde de San Ignacio, cuyos derechos y acciones ejercita su causahabiente la Condesa viuda litigante, se sometió expresamente á la justicia ordinaria de la Habana, según claramente resulta de la escritura hipotecaria de 22 de Setiembre de 1873, declaró no haber lugar á la inhibición solicitada:

Resultando que por haber insistido el Juez del distrito del Centro en la inhibición, uno y otro elevaron á este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones para la decisión del conflicto jurisdiccional:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Marcos Cubillo:

Considerando que según lo dispuesto en el art. 2° de la ley de Enjuiciamiento civil del 55, vigente en la isla de Cuba al entablarse la demanda que dió origen á la presente competencia, y en el art. 56 de la novísima ley de Enjuiciamiento, aplicable en la Península, es Juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase aquel á quien los litigantes se hubieren sometido, reputándose expresa la sumisión, según el núm. 1° de la pri-

mera ley citada, cuando los interesados renuncian clara y terminantete al fuero propio, designando con toda precisión el Juez á quien se someten, y prohibiendo el art. 75 de dicha ley novísima proponer la inhibitoria ni la declinatoria al litigante que se hubiera sometido al Juez que conozca del asunto:

Considerando que es de ley y de jurisprudencia que lo pactado sobre la renuncia de fuero por las partes contratantes obliga á sus herederos, lo mismo que si se tratase del cumplimiento de cualquiera otra de las cláusulas contenidas en el contrato:

Considerando que según aparece de la cláusula de la escritura hipotecaria de 22 de Setiembre del 73, D. Rafael de Toca, Conde de San Ignacio, renunció clara y expresamente el fuero de su domicilio para el caso de que variase el que entonces tenía en la Habana, sometiéndose á la justicia ordinaria de aquella capital, á fin de que ante ella pudiera ser compelido ejecutivamente al cumplimiento de las obligaciones que en la predicha escritura se impuso, y que en su virtud obligó en esto que pactó sobre la renuncia de su fuero á sus hijos y herederos, los hoy demandados, y en su representación á Doña Francisca Aguilar, Condesa viuda de San Ignacio:

Considerando que según resulta de la misma escritura, una de las obligaciones que en ella contrajo D. Rafael de Toca fué la de satisfacer las diferencias que en su caso resultaran por razón de cambio en el quebranto de los giros, en los términos que ya van consignados; y que teniendo la presente demanda por principal objeto el cumplimiento de dicha obligación, es visto que los causahabientes de D. Rafael de Toca deben ser compelidos á él ante la justicia ordinaria de la Habana; y que lo propio debe entenderse en cuanto á la reclamación de los intereses que se piden por razón de mora en el cumplimiento de lo prometido por Toca en la precitada escritura por demandarse bajo el supuesto de ser legalmente debidos aunque no estuviesen pactados, y como consecuencia ó derivación de obligaciones estipuladas en la repetida escritura;

Fallamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda deducida en estos autos corresponde al Juez de primera instancia del distrito de Belén de la ciudad de la Habana, al que se remitan las actuaciones para lo que proceda con arreglo á derecho; poniéndose en conocimiento del Juez del distrito del Centro de esta capital, entendiéndose de cargo de cada una de las partes las costas por sí y para sí causadas y las comunes por mitad.—(Sentencia publicada el 21 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 13 de Enero de 1884.)

373

Recurso de casación en la forma (21 *de Diciembre de* 1883). —*Sala tercera.*—Juicio ejecutivo.—No ha lugar al interpuesto por Doña Carmen Bolinches con D. Salvador Martí (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

1° *Que con arreglo al art.* 1693, *núm.* 4°, *de la ley de Enjuiciamiento civil, habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de*

las formas esenciales del juicio por falta de citación para alguna diligencia de prueba ó para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias:

2° *Que según lo dispuesto en el art. 570 de la ley citada, la prueba de testigos se practicará en audiencia pública, y previa citación de las partes con veinticuatro horas de antelación por lo menos; pudiendo concurrir los litigantes y sus defensores;*

Y 3° Que si resulta que fueron citadas las partes con la antelación prevenida en dicho artículo, carece de fundamento legal el recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en la falta de citación sin determinar expresamente el artículo ó disposición legal quebrantada.

En la villa y corte de Madrid, á 21 de Diciembre de 1883, en los autos ejecutivos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de la ciudad de Valencia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma por Doña Carmen Bolinches y Tomás, vecina de Játiva, con D. Salvador Martí Gironés, Presbítero, vecino de Montesa; pendientes en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por la demandante, y en su defecto y representación por el Licenciado D. Joaquín Dale y Muñoz y el Procurador D. Félix Fernández Brihuega, habiendo sido defendida y representada en este recurso la parte recurrida por el Licenciado D. Tomás María Ariño y el Procurador D. José García Noblejas:

Resultando que en documento privado extendido en Valencia con fecha 16 de Mayo de 1876, autorizado con la firma de dos testigos, reconoció D. Salvador Martí, bajo su firma, ser en deber á Doña Carmen Bolinches, vecina de Játiva, 500 pesetas que le había entregado para cierto negocio, de cuya cantidad le otorgaba el presente resguardo ínterin se elevaba el contrato á escritura pública:

Resultando que concedido á Doña Carmen Bolinches el beneficio de pobreza para litigar con D. Salvador Martí, obtuvo de éste el reconocimiento judicial del expresado documento, así como el que fuese requerido para que en el término de 10 días le satisficiese las 500 pesetas reconocidas en el documento privado; y no habiendo obtenido el pago dedujo en 6 de Marzo de 1882 demanda ejecutiva por aquella suma y por sus intereses legales y costas:

Resultando que despachada la ejecución por auto de 6, se requirió de pago al deudor, se le embargaron diferentes bienes y se le citó de remate, en virtud de cuya citación se personó en los autos y se opuso á la ejecución, alegando la excepción de pago:

Resultando que el ejecutante negó le excepción de pago, y por auto de 19 de Julio se recibió el pleito á prueba por el término de 10 días comunes á ambas partes; cuyo auto fué notificado á los Procuradores de ambas en el mismo día de su fecha:

Resultando que ejecutado Martí Gironés dirigió como medio de prueba un pliego de posiciones al ejecutante y presentó además con escrito de 27 un pliego de preguntas para que á su tenor fuesen examinados los testigos que designó, de los que presentó por separado una lista para los efectos oportunos:

Resultando que en providencia del 29 admitió el Juzgado como pertinentes las preguntas comprendidas en el interrogatorio, á cuyo tenor y con citación contraria mandó que se examinasen los testigos expresados en la lista, ordenando además que se entregasen á la parte

ejecutante las copias del interrogatorio y lista de testigos, lo cual tuvo efecto en el mismo día 29; y en otra providencia de igual fecha señaló el Juzgado para el examen de los testigos que presentase la parte demandada el día 31 de aquel mes y el 1° del siguiente Agosto desde las diez de la mañana en adelante:

Resultando que la ejecutante Doña Carmen Bolinches presentó con escrito del 31 de dicho mes de Julio un pliego cerrado de preguntas para que á su tenor fuesen examinados los testigos que se presentasen por la parte contraria; cuyo escrito y pliego cerrado fué presentado, según resulta de diligencia, á la una de la tarde, después de haber sido examinados dos de los testigos de la parte contraria; y en providencia del mismo día tuvo el Juzgado por presentados dicho escrito y pliegos, acordando que previa la declaración de pertinencia de las repreguntas á su debido tiempo, se examinasen á su tenor los testigos de la parte ejecutada que aun no habían declarado; providencia que fué notificada al siguiente día á los Procuradores de las partes:

Resultando que Doña Carmen Bolinches en escrito de 1° de Agosto pidió que se declarase la nulidad de las declaraciones de los testigos examinados, subsanándose el defecto legal que las viciaba, y para el caso de que no se diese lugar á tal declaración se tuviera por hecha la protesta oportuna á los efectos legales correspondientes; alegando en su apoyo y después de hacer notar que el día 30 de Julio había sido feriado: que si bien con arreglo al art. 1469 de la ley de Enjuiciamiento civil deben practicarse las pruebas en el juicio ejecutivo dentro de los 10 días, debe sin embargo acomodarse la forma de practicarlas á las disposiciones de la sección 5ª, en que se encuentran los artículos 642, 653 y 654, que ordenan que el Juez ha de señalar con tres días de anticipación día y hora para el examen de testigos; y no pudiendo terminar en una audiencia, ha de hacer nuevo señalamiento:

Resultando que en providencia del mismo día 1° de Agosto se confirió traslado del anterior escrito, con suspensión del término de prueba, al ejecutado D. Salvador Martí, que lo evacuó oponiéndose á aquella pretensión, y en 4 del mismo mes dictó auto el Juzgado declarando no haber lugar á la nulidad de las declaraciones de los testigos examinados, y tuvo por consignada la protesta hecha por Doña Carmen Bolinches, mandando alzar la suspensión del término de prueba:

Resultando que en el mismo día 4 de Agosto pidió la ejecutante que se reformase la providencia del 1°, en que se acordó la suspensión del término de prueba, á lo cual se proveyó al siguiente día mandando estar á lo acordado en el auto anterior; y habiendo apelado, tanto de este auto como de la última providencia, dictó nuevo auto el Juzgado en 9 de Agosto, negando la admisión de dicha apelación, porque contra el auto del 4 cabía el recurso de reforma, y contra la providencia del 5 no cábía recurso alguno:

Resultando que Doña Carmen Bolinches pidió reforma de este nuevo auto y le fué negado por otro del 26, que ordenó que dentro de seis días se le facilitase testimonio de éste y del anterior para que pudiese acudir en queja ante la Audiencia del territorio:

Resultando que terminada la sustanciación de la primera instancia, dictó sentencia el Juez en 25 de Setiembre de 1882, declarando no haber lugar á la nulidad del juicio solicitado por D. Salvador Martí, y sí á admitir la excepción del pago, invocada por el mismo; y en su consecuencia no haber lugar á pronunciar en este pleito sentencia de re-

mate, con imposición á la ejecutante de todas las costas, y mandando alzar los embargos practicados en los bienes de D. Salvador Martí tan pronto como esta sentencia fuese firme:

Resultando que con el testimonio suministrado á Doña Carmen Bolinches de los autos de 9 y 26 de Agosto, acudió en queja á la Audiencia de Valencia en su Sala de lo civil, la cual admitió el recurso en providencia de 16 de Setiembre y mandó librar certificación al Juez de primera instancia para que informase con justificación acerca de los proveídos que motivaban aquel recurso; lo cual no llegó á tener lugar por haber remitido dicho Juzgado á la Audiencia los autos originales por virtud de apelación admitida libremente á Doña Carmen Bolinches de la sentencia definitiva:

Resultando que sustanciada la segunda instancia con arreglo á derecho y sin que por parte de la apelante Doña Carmen se dedujera pretensión alguna especial, dictó sentencia la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia en 25 de Enero último, confirmando con las costas la apelada y declarando que estuvo bien denegada la apelación que Doña Carmen Bolinches interpuso contra el auto y providencia de 4 y 5 de Agosto, por lo que no había lugar al recurso de queja deducido por la misma contra este sentencia:

Resultando que contra esta sentencia se interpuso por Doña Carmen Bolinches y Tomás recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en que se había infringido el procedimiento por falta de citación para la prueba con la anticipación debida, y se habia denegado implícitamente el examen por medio de repreguntas de los testigos de la parte contraria, á pesar de haberse presentado el pliego cerrado en el día inmediato hábil al de la entrega del de preguntas y lista de testigos:

Visto, siendo Ponendo el Magistrado D. Juan Ignacio de Morales:

Considerando que con arreglo al art. 1693, núm. 4°, de la ley de Enjuiciamiento civil, habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por falta de citación para alguna diligencia de prueba ó para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias:

Considerando que según lo dispuesto en el art. 570 de la ley citada, la prueba de testigos que se practicará en audiencia pública, y previa citación de las partes con 24 horas de antelación por los menos; pudiendo concurrir los litigantes y sus defensores:

Considerando que en el presente caso fueron citadas las partes con la antelación prevenida en dicho artículo, y por lo mismo carece de fundamento legal el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que se funda en la falta de citación sin determinar expresamente el artículo ó disposición legal inquebrantada;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por Doña Carmen Bolinches y Tomás, á quien condenamos al pago de las costas, y para el caso en que mejore de fortuna al de 41 pesetas 66 céntimos, que se distribuirán con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Valencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 21 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 10 de Febrero de 1884.)

374

Recurso de casación (22 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—NULIDAD DE UN AUTO RESTITUTORIO.—CONFESIÓN DE SERVIDUMBRE.—No ha lugar al interpuesto por Doña María Angela Navas con D. José López (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

1° *Que al estimar la Sala sentenciadora en virtud de las pruebas suministradas por los litigantes que desde tiempo inmemorial se halla establecida una servidumbre rústica para el paso de caballerías y carros, no infringe, antes bien se ajusta á lo que disponen las leyes* 8ª, 14 *y* 15, *tít* 31, *Partida* 3ª, *y la sentencia del Tribunal Supremo de* 26 *de Octubre de* 1865, *que se refieren á los modos de constituirse las servidumbres y á las subsistencias de estos gravámenes aunque el dominio de los predios se trasmita á otras personas.*

2° *Que ha de estarse á la apreciación de las pruebas, si no existe error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos demostrativos de la equivocación evidente del juzgador;*

Y 3° *Que solicitándose en la demanda que al camino en cuestión se diese la latitud de tres ó cuatro metros ó lo que fuese indispensable para que pudiesen transitar por él caballerías, carros y vehículos de todas clases, habiéndose probado por el actor que esto había sucedido siempre, y fundándose la Sala sentenciadora en el hecho admitido por ella para asignar á dicho camino la anchura de ocho piés, de conformidad con lo ordenado por la ley* 3ª, *tít.* 31, *Partida* 3ª, *es indudable que por equivocación se califica de carrera la servidumbre que realmente es de vía con arreglo á la mencionada ley.*

En la villa y corte de Madrid, á 22 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Ecija y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla por D. José López y López con Doña María Angela Navas y Fernández, propietarios ambos y vecinos de Ecija, sobre que se deje sin efecto un auto restitutorio con devolución de las costas y confesión de servidumbre de carrera; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Licenciado D. José María Peñuelas y el Procurador D. Juan Antonio Asensio, en defensa y representación de la demandada, y habiendo sido defendido y representado en este recurso el demandante por el Doctor D. José de Carvajal y el Procurador D. Francisco Egea y Gómez:

Resultando que en escritura otorgada en Ecija á 28 de Enero de 1843 D. Agustín Antonio Díaz declaró que desde aquella época en adelante indefinidamente, convencido como estaba de la necesidad que tenía su convecino D. Antonio García de que le concediese paso ó salida para carruaje para ir desde la huerta que tenía en el pago del Callejón de aquel término al camino general y común que se dirigía á la ciudad, accedía á concederle el permiso que le había pedido para pasar en la forma indicada á través de su huerta, bajo las condiciones siguientes: primera, que D. Antonio García no podría alterar bajo ningún motivo ni pretexto, so pena de quedar ineficaz é insubsistente esta concesión, el terreno que había de servir para dicho uso en la forma en que

había sido deslindado por el Agrimensor D. José Martín, elegido de consuno: segunda, que García se obligaba á conservar y reparar los mojones que el otorgante pondría para demostrar claramente el camino conforme había sido deslindado; y tercera, que quedaba igualmente obligado García á satisfacer á Díaz como indemnización del terreno que ocupaba el camino 10 reales anuales, pagaderos por San Miguel, caducando esta cesión tan luego como se faltase á su pago:

Resultando que por fallecimiento de D. Antonio García Díaz, apodado el Rey, fué adjudicada á su viuda Doña María de los Dolores Rodríguez en unión de otros bienes una huerta en el pago llamado Callejón de Rojuelas en el término de Ecija, de cabida cuatro fanegas y tres celemines, en cuyo beneficio fué dado el permiso á que se refiere la anterior escritura; y que por otra de 2 de Abril de 1861 dicha Doña María de los Dolores Rodríguez vendió la indicada huerta á D. Francisco Alvarez y Carmona, sin que tuviese en pro ni en contra servidumbre alguna:

Resultando que en 17 de Junio de 1861 otorgaron escritura en la misma ciudad de Ecija D. Juan Nepomuceno Díaz Armero, hermano de D. Agustín, otorgante de la de 28 de Enero de 1843, y Doña María de los Dolores Rodríguez, en la que dijeron, después de recordar lo pactado y convenido en la de esta última fecha y de hacer presente que el terreno sobre que se constituyó aquella servidumbre voluntaria y convencional de paso correspondía á D. Juan y que la huerta en cuyo beneficio fué establecida había sido adjudicada á la otorgante, que habian convenido en que desapareciese la citada servidumbre por no ser ya necesaria, y al efecto declaraban nula y cancelada la escritura de 28 de Enero de 1843 y extinguida la servidumbre voluntaria establecida en ella sobre el terreno correspondiente á D. Agustín Díaz y en la actualidad á su hermano D. Juan, que podría utilizarlo en lo que tuviese por conveniente, y libre Doña Dolores del pago de los 10 reales anuales que su difunto marido se obligó á satisfacer por aquella concesión:

Resultando que en documento privado, extendido también en Ecija con fecha de 17 de Julio de 1868, declaró D. José García Rodríguez que D. Juan Nepomuceno Díaz y Armero por un favor especial le dejaba pasar con carruaje por el terreno de la huerta de su propiedad, lindante con el camino de los Callejones, para ir á la que el reclamante tenía arrendada á D. Francisco Alvarez Carmona, y que por lo tanto reconocía que dicho camino no era servidumbre, sino una concesión que Díaz le hacía sin tiempo señalado y sin interés alguno:

Resultando que en 10 de Diciembre de 1882 Alvarez Carmona vendió la indicada huerta conocida por la Rey que había adquirido de Doña María de los Dolores Rodríguez, á D. Antonio Martín y Jiménez, y que éste á su vez la enajenó en 27 de Octubre de 1877 á D. José María López y López con una cabida de siete fanegas de tierra próximamente:

Resultando que fundada Doña María Angela Navas y Fernández en que era dueña de la huerta que fué de los hermanos D. Juan y D. Agustín Nepomuceno Díaz Armero, situada en el pago de los Callejones de aquel término, lindante por uno de sus lados con el camino público que conduce á dicho pago: que de este camino salía una senda que separaba dicha huerta de las de D. José Ramos y D. José López y que es paso común entre dichos predios, teniendo á su izquierda el de la exponente y á su derecha los otros: que esta senda por su anchura era única-

mente para personas y caballerías, no obstante lo cual los ganados y vehículos de D. José López venían atropellando su huerta, porque no cabiendo por la senda tenían necesariamente que invadir su propiedad por no ser posible salirse por la parte de la derecha por razón del terreno; y que estos hechos venían ocurriendo hacía tres días, y últimamente habían pasado 18 ó 20 cerdos cebados destrozando las hortalizas y demás plantaciones á pesar de la oposición del hortelano; en escrito de 5 de Diciembre de 1879 solicitó que previa información testifical que ofrecía acerca de los hechos referidos se le repusiera en la posesión y tenencia de la huerta en la parte que venían atravesándola los ganados y vehículos de D. José López, condenando á éste á abstenerse de pasar en lo sucesivo por los terrenos de dicha finca y al pago de todas las costas é indemnización de perjuicios, con la prevención además de que no volviesen á molestarla en su posesión; bajo apercibimiento de lo que hubiera lugar:

Rusultando que sustanciado este incidente en dos instancias sin audiencia de D. José López, fué estimado por sentencia de la Audiencia de Sevilla de 16 de Febrero de 1880, que acordó la restitución con todos los demás extremos solicitados, habiendo satisfecho D. José López á Doña Angela Navas 4.805 rs. 75 cénts. por razón de costas:

Resultando que D. José María López promovió á su vez en el mismo Juzgado en 23 de Marzo de dicho año 1880 interdicto de recobrar la posesión de la servidumbre de carrera de que había sido despojado por Doña María Angela Navas, ofreciendo fianza para que se sustanciase sin su audiencia é información testifical: que admitida ésta prestaron declaración nueve testigos de más de 70 y 80 años algunos de ellos que afirmaron que á la huerta nombrada del Rey, en el pago de los Callejones, de la propiedad de D. José López, se entraba desde tiempo inmemorial por un camino bastante ancho, por el que pasaban carros, yuntas y ganados hasta hacía poco tiempo que había quedado reducido á una senda y que esto lo sabían por haberla visto desde que eran jóvenes; y que después de practicada esta información pidió López que se dejase en suspenso el interdicto en atención á haber si lo ya resuelto el promovido por Doña Angela Navas, y que se le facilitase testimonio de lo actuado, á todo lo que se accedió previa ratificación de López:

Resultando que en 13 del siguiente mes de Mayo dedujo D. José López la demanda origen de este pleito con la solicitud de que en ejercicio de la acción personal que le asistía para conseguir que se dejase sin efecto el auto restitutorio obtenido por Doña Angela Navas y de la real confesoria de la servidumbre rústica de carrera, se declarase sin valor ni efecto dicho auto restiturio, condenando á Doña Angela Navas á devolverle los 4 805 rs. 75 cénts. que le había abonado por razón de costas, con la indemnización consiguiente de los daños y perjuicios que se le habían irrogado; declarando que la servidumbre que desde el camino de los Callejones da entrada á la huerta nombrada del Rey, de su propiedad, es y debe ser la de carrera, y mandando ensanchar á costa de Doña Angela el terreno que había usurpado y agregado á su huerta de dicho camino, al que se diera de latitud de tres á cuatro metros desde la orilla izquierda á la escarpa de la derecha, ó lo que fuese indispensable para que pudiesen pasar carros, carretas y toda clase de vehículos, con prevención á dicha demanda de que no vuelva á inquietar en el uso de dicha servidumbre al demandante ni á sus sucesores,

á cuyo efecto alegó que el camino que conduce á su finca es el llamado de los Callejones que partiendo de las inmediaciones del puente de Ecija llega á la entrada de un carril que le pone en comunicación con dicha finca, sin que ésta tenga acceso por ninguna otra parte: que dicha servidumbre había presentado desde la más remota antigüedad la anchura y capacidad indispensables para satisfacer las necesidades y exigencias de la huerta, pudiéndose trasportar por ella la hortaliza, maderas de construcción y demás materiales de todo género en carros ó carretas: que tanto Doña Angela Navas como D. Juan Nepomuceno Díaz, de quien aquélla adquirió otra huerta situada á la izquierda de la servidumbre de carrera en cuestión, se habían propuesto desde un principio cercenar poco á poco el espacio destinado para el tránsito por tódos los medios posibles, como había sido el de colocar una enorme piedra á la entrada de la servidumbre y el de cultivar y agregar a su huerta la mayor parte del espacio que forma dicho camino; y que dada la existencia desde tiempo inmemorial del carril ó servidumbre de carrera, capaz y suficiente para atender á las necesidades del predio dominante, y la usurpación que de parte del terreno que lo forma había hecho Doña Angela Navas no podía sostener que los criados del demandante se hubiesen extralimitado al conducir por dicho camino un carro cargado, como siempre se había hecho, y era por lo tanto evidente que el interdicto deducido por Doña Angela apoyado en tal fundamento era improcedente á todas luces; invocando por último en apoyo de su derecho las leyes del tít. 31, Partida 3ª y la sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de Enero de 1860, 26 de Octubre de 1865, 31 de Marzo y 27 de Mayo de 1876 y otras varias:

Resultando que Doña Angela Navas contestó la demanda pidiendo que se le absolviese de ella, declarando que no había existido ni debía existir entre los predios de ambas partes litigantes otra servidumbre que la de senda que aparecía, y en la hipótesis de que alguna vez hubiese existido que había quedado prescrita por haberse interrumpido la posesión desde el día 28 de Enero de 1843, é imponiendo al demandante perpetuo silencio y pago de costas, á cuyo efecto alegó que estando probado por la escritura de 28 de Enero de 1843 que en aquella fecha la servidumbre era de senda, pues se amplió entonces á la de carrera convencionalmente, y que por la escritura de 17 de Junio de 1861 se volvió á su estado primitivo por los legítimos dueños de dicha servidumbre, tales actos demostraban que antes de ellos sólo hubo la servidumbre de senda, pues de otro modo no hubiera el dueño del predio dominante pedido la de carrera si la hubiese tenido, ni abonado una renta por obtener el paso, ni mucho menos hubiese renunciado Doña María de los Dolores Rodríguez si hubiese tenido otro título que el del contrato de 1843: que los dos contratos susodichos de 1843 y de 1861 y el documento privado de 1868 demostraban que desde el primero no se había considerado que existía servidumbre de carrera como tal, y por lo tanto no podía decirse que se había usado de ella continuadamente desde tiempo inmemorial; y que la demandada había seguido observando con relación á la servidumbre la misma conducta que su causante D. Juan Nepomuceno Díaz, por lo cual, habiéndole pedido el demandante permiso en los primeros días de 1878 para pasar con carruaje por el camino de que se trata, le contestó que no tenía inconveniente en dárselo siempre que se lo pidiera por escrito:

Resultando que en la réplica añadió el demandante á lo alegado

que su huerta se formó de fincas de distinto origen, correspondientes á diversos propietarios, cuales eran: primero, la adquirida por D. Antonio García de D. Francisco Javier Aguilar y de otros, por escritura de 23 de Noviembre de 1840; segundo, un tajón que D. Federico Mantilla y Bobadilla vendió á D. Francisco Alvarez y Carmona en 31 de Mayo de 1861 y otros dos tajones que D. José de Gálvez y Pera vendió por escritura de 29 de Setiembre de 1874 á Antonio Martín Jiménez: que la primera de estas tres heredades fué adjudicada á Doña María de los Dolores Rodríguez á la muerte de su marido D. Antonio García Díaz con una cabida de cuatro fanegas y tres celemines, y al venderla ésta en 2 de Abril de 1861 á D. Francisco Alvarez de Carmona se le dió una cabida de 24 estadales más: que el tajón que D. Francisco Alvarez Carmona adquirió de D. Federico Mantilla se componía de ocho celemines de tierra, según se hizo constar en la escritura: que en la de 10 de Diciembre de 1872 en que Alvarez Carmona trasmitió á Martín Jiménez la huerta que después adquirió el demandante se explicó que la finca que se vendía se había formado de dos diferentes predios, inscrito cada uno por separado en el Registro de la propiedad con sus respectivos linderos, pero que dueño de ambos el vendedor los había refundido en uno solo, y lo mismo continuarían, puesto que pasaban á un solo adquirente: que los dos tajones de tierra que Martín Jiménez adquirió de Gálvez por la escritura de 29 de Setiembre de 1844 tenían uno de ellos siete celemines de cabida, y el otro una fanega, cinco celemines y 17 estadales: que el camino de que se trata no solamente tiene el carácter de carrera, sino que era más bien un verdadero camino público independientemente de los predios que con él confinan, por donde desde tiempos remotos habían transitado con cuanto necesitaban los dueños de un pago de huertas y terrenos de labor y los que tenían que dirigirse al río: que de las leyes 1ª, 2ª y 3ª, tít. 16, libro 10 de la Novísima Recopilación, y los artículos 2º, 3º, 13, 17, 23, 25, 27 y 396 de la ley Hipotecaria, se deducía que la escritura de 28 de Enero de 1843, como dirigida á reconocer y modificar una servidumbre, había debido inscribirse en tiempo oportuno, así como la de 17 de Julio de 1861 como encaminada á extinguir el mismo derecho, aparte de que en ésta se había renunciado por Doña María de los Dolores Rodríguez una servidumbre correspondiente á un predio que ya no era suyo en aquella fecha porque lo había vendido en 2 de Abril de aquel año á Alvarez Carmona: que el documento privado de 17 de Julio de 1868, si no era apócrifo, era cuando menos nulo y defectuosísimo en su forma y en su fondo para ser inscrito; pero que de todos modos, aun siendo inscribibles este documento y las dos citadas escrituras, no podrían ya figurar en los asientos del Registro después de inscritos los títulos de compra de D. Antonio Martín Jiménez y del demandante; y que el uso de la servidumbre que se litiga había sido constante y jamás interrumpido, lo mismo por el demandante que por sus antecesores, pues desde que había comprado la huerta en 1877 había utilizado el camino con carros ó carretas sin contradicción alguna y sin acudir jamás en ninguna forma á pedir la venia á Doña Angela Navas:

Resultando que la demandada reprodujo en la dúplica las alegaciones que hizo en su contestación á la demanda, añadiendo que el contrato de 1843 fué un arriendo y hasta 1863 no había sido obligatoria la toma de razón en el Registro de la propiedad de los contratos de arrendamiento; y que conforme al principio general de derecho de que na-

die puede trasmitir más de lo que tiene, D. Antonio García impuso á todos sus sucesores en el goce de su huerta los efectos de la declaración que hizo de no existir en favor de ella la servidumbre de carrera; y recibidos los autos á prueba, se suministraron por ambas partes diversas justificaciones, sirviéndose especialmente de la prueba de testigos:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla dictó sentencia en 15 de Diciembre de 1882, que no fué conforme con la del Juez inferior, declarando que la servidumbre que partiendo del camino de los Callejones y pasando por un costado de la huerta que posee Doña Angela Navas en el pago del mismo nombre conduce á la huerta llamada de Rey, de la propiedad de D. José María López, es de carrera, dejando en su consecuencia sin valor ni efecto la sentencia dictada en el interdicto de recobrar que contra D. José López instó Doña Angela Navas, y condenando á ésta á que reponga á su costa la dicha servidumbre con el terreno agregado á su huerta á la anchura de ocho piés, haciendo desaparecer todo obstáculo que impida el paso de dicha servidumbre, y además á que satisfaga á D. José María López las 1.201 pesetas 19 céntimos que importaron las costas del interdicto:

Resultando que Doña María Angela Navas y Fernández interpuso recurso de casación, fundada en los siguientes motivos:

1º En haber sido mal interpretadas las leyes 8ª y 14, tít. 31, Partida 3ª, en la primera de las que se dice que la cosa que ha la servidumbre á quien quier que pasase, que en salvo finca aquella servidumbre en la otra cosa en que había antes, é non se le embarga sin se pierde por razón del mandamiento; fueras ende si alguna servidumbre y fuese puesta á tiempo cierto ó en vida de algún home señaladamente; y en la segunda que puede ponerse servidumbre por las tres maneras siguientes: la primera por otorgamiento que facen aquellos cuyas son las cosas otorgando de su voluntad servidumbre en ellas á otros por facerles amor ó por precio que se recibiesen dellos; por cuanto está demostrado en autos por la escritura de 28 de Enero de 1843, que la servidumbre de que se trata se constituyó entre Rey y Díaz por precio y por tiempo cierto: que este contrato quedó concluído por el fallecimiento de uno de sus otorgantes ocurrido en 1858; y que por no haberse pagado por los sucesores de éste el precio estipulado á aquel en cuyo favor se constituyó el servicio, se otorgó la escritura de 1861, obrante también en el pleito, en la que se hizo constar esta falta de pago, lo cual acredita también la terminación de aquel contrato; y no obstante todo esto la Sala sentenciadora da crédito á declaraciones de testigos enfrente de documentos tan claros y terminantes, incurriendo por lo tanto en el caso 1º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

2º En haber sido infringidas la ley 15, tít. 31, Partida 3ª y la sentencia de este Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1865 que dicen de conformidad una y otra que las otras servidumbres de que se ayudan los homes para aprovechar é labrar sus heredades ó sus edificios que non usan dellas cada día más á las veces é con fecho, así como senda ó carrera ó vía que oviese en heredad de su vecino, tales servidumbres como estas ó las otras semejantes dellas non se podrán ganar por el tiempo sobredicho de 10 ó 20 años; ante decimos que quien las quisiere haber por esta razón ha menester que haya usado de ellas ellos ó aquellos de quien las ovieron tanto tiempo de que non se puedan acordar los homes cuánto ha que lo comenzaron á usar; por cuanto no cons-

ta en ninguna parte de la sentencia recurrida que los testigos presentados por la parte contraria hayan afirmado la existencia de la servidumbre de que se trata tal y como dicha ley lo preceptúa, es decir, consignado que no se acuerdan desde cuándo se comenzó á usar por razón de tanto tiempo como hace que la vieron;

Y 3° En haber sido igualmente infringida la sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de Enero de 1880, en la que se consigna el principio de que los hechos no negados y conocidos en juicio se tienen por probados, estando exento el demandante de probarlos, puesto que habiendo afirmado la recurrente al contestar la demanda que el demandante López le pidió permiso para poder pasar por la senda con carros y mulas, á lo cual le contestó que no se la daba si no se lo pedía por escrito, y no habiendo contradicho López este aserto al replicar, excusó la recurrente el dirigir sus pruebas á la demostración de aquel hecho importantísimo por virtud del precepto antes consignado; pero la sentencia recurrida ha prescindido de este hecho y de aquel precepto, incurriendo así, como razón de lo consignado en el anterior motivo, en el caso 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que son infundados los dos primeros motivos del recurso, porque al estimar la Sala sentenciadora en virtud de las pruebas suministradas por los litigantes que desde tiempo inmemorial se halla establecida una servidumbre rústica para el paso de caballerías y carros, no infringe, antes bien se ajusta á lo que disponen las leyes 8ª, 14 y 15, título 31, Partida 3ª, y la sentencia de 2 de Octubre de 1865, que se refieren á los modos de constituirse las servidumbres y á las subsistencias de estos gravámenes aunque el dominio de los predios se trasmita á otras personas:

Considerando, en cuanto al motivo 3°, que en la apreciación de las pruebas no existe error de hecho que resulte de documentos ó actos auténticos demostrativos de la equivocación evidente del juzgador, ni podría constituirlo en todo caso el silencio guardado en la sentencia respecto de la afirmación consignada al contestar á la demanda de que D. José María López había pedido permiso á Doña Angela Navas para que pasasen sus carros, porque semejante afirmación, lejos de haber sido aceptada por López según supone la recurrente, fué rotundamente negada por él en escrito de réplica:

Considerando que solicitándose en la demanda que al camino en cuestión se diese la latitud de tres ó cuatro metros ó lo que fuese indispensable para que pudiesen transitar por él caballerías, carros y vehículos de todas clases, habiéndose probado por el actor que esto había sucedido siempre, y fundándose la Sala sentenciadora en el hecho admitido por ella para asignar á dicho camino la anchura de ocho piés, de conformidad con lo ordenado por la ley 3ª, tít. 31, Partida 3ª que cita la sentencia, es indudable que por equivocación se califica de carrera la servidumbre que realmente es de vía con arreglo á la mencionada ley;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Angela Navas y Fernández, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento.—(Sentencia publicada el 22 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 29 de Enero de 1884.)

375

Recurso de casación (26 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—NEGACIÓN DE SERVIDUMBRE.—Ha lugar al interpuesto por D. Galo Urosa con D. Eduardo Morales Sacristán (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1º *Que cualquiera que sea el verdadero carácter del escrito en que se señalan los particulares que ha de comprender el testimonio á que se refiere el art.* 391 *de la ley de Enjuiciamiento civil para reputarle ó no como de mera sustanciación á los efectos del art.* 10 *de la misma ley, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se interpone en tiempo una apelación sin firma de Letrado, si bien no puede proveerse á ella mientras no se subsane la falta, queda interrumpido el lapso del término, y subsanada aquélla, debe admitirse dicho recurso; doctrina que es aplicable al caso en que se trata de un punto menos importante que el de la apelación, cual es el señalamiento de los particulares que ha de contener un testimonio, si lo hizo en tiempo hábil el Procurador del recurrente y reprodujo después con dirección y firma de Letrado;*

Y 2º Que al no estimarlo así el auto recurrido infringe la expresada doctrina legal.

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Diciembre de 1883, en las diligencias de ejecución de la sentencia dictada en pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Getafe y en la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte por D. Eduardo Morales Sacristán, propietario, con D. Galo Urosa y Alaminos, comerciante, vecinos ambos de Carabanchel Alto, sobre negación de servidumbre; pendientes en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Urosa, bajo la dirección del Licenciado D. Antonio Maura y representado por el Procurador D. Julián Merinero y Ginés, habiendo llevado la defensa y representación en este recurso de Morales Sacristán el Licenciado D. Narciso de Olañeta y el Procurador D. Ignacio de Santiago y Sánchez:

Resultando que D. Galo Urosa y Alaminos promovió un interdicto en el Juzgado de Getafe sobre suspensión de una obra nueva que estaba ejecutando D. Eduardo Morales Sacristán en la plaza de la Constitución de aquel punto por afectar al derecho de luces; y en auto de 3 de Setiembre de 1879 ratificó el Juzgado la suspensión de la obra que tenía decretada, y mandó extender diligencia del estado, altura y circunstancias de la obra, con los apercibimientos del caso:

Resultando que habiendo promovido pleito Morales Sacristán con tal motivo sobre negación de la servidumbre de luces invocada por Urosa, fué resuelto por sentencia de dicho Juzgado de Getafe de 23 de Junio de 1871, que se hizo firme, que desestimó la demanda de Morales, condenándole en las costas; en ejecución de la cual dictó providencia el Juzgado en 26 de Mayo de 1882 á petición de Urosa, mandando que toda vez que se determinaba en la sentencia el orden, modo y manera de efectuar la demolición de las obras ejecutadas en el predio sirviente, se requiriera á D. Eduardo Morales para que en el término de

20 días cumpliera con la ejecutoria en lo referente á la demolición que habían de presenciar el actuario y alguacil, haciendo constar en su día el cumplimiento de la ejecutoria:

Resultando que después de varias actuaciones y diligencias encaminadas al cumplimiento de lo anteriormente mandado, se dictó una providencia en 19 de Julio de dicho año 1882 declarando cumplida la ejecutoria y mandando archivar los autos como terminados, de la cual pidió reforma D. Galo Urosa, fundado en que no quedaba el patio de luces con las dimensiones necesarias y que los tabiques no habían sido reforzados para sufrir la carga á que estaban afectos por la servidumbre *oneris ferendi*; y evacuado por Morales el traslado que se le confirió del escrito de reforma, fué denegada ésta por auto de 4 de Agosto:

Resultando que admitida á Urosa en un solo efecto, por providencia del 10 notificada al siguiente día la apelación que dedujo del auto y providencia anteriores, presentó un escrito el día 17, autorizado sólo con la firma del Procurador, designando los particulares que había de comprender el testimonio que se formare para la sustanciación de la apelación admitida; y habiendo declarado el Juzgado en providencia de la misma fecha que no había lugar á proveer por no tener el escrito firma de Letrado, se presentó el día 19 otro escrito por la representación de Urosa, firmado por su Abogado y Procurador, en el que se reprodujo la designación de particulares para la formación del testimonio, y en el mismo día dictó providencia el Juzgado declarando que no habiendo solicitado la parte de Urosa en legal forma el testimonio de lo necesario, y habiendo trascurrido el término de cinco días señalado por la ley para verificarlo, no había lugar á otorgar el testimonio y se tenía por firme el auto resolutorio del recurso de reposición de fecha 4 de aquel mes:

Resultando que D. Galo Urosa pidió reforma en tiempo de esta providencia del 19, fundado en que admitida la apelación del auto del 4 en providencia del 10, y siendo ésta firme, no era posible que el Juzgado volviese sobre este acuerdo porque carecía de jurisdicción; en que dentro de los cinco días pidió su Procurador que se le facilitase como apelante y á su costa el testimonio de los particulares que creyó procedentes para mayor ilustración de la Superioridad en la resolución de aquel recurso, y no era causa bastante para negar tan justa pretensión el que no se firmase el escrito por Letrado y menos para hacerle perder un derecho que la ley le concedía, sobre todo cuando se había llenado aquel requisito tan pronto como lo indicó el Juzgado, por cuya razón protestaba á los efectos oportunos el que se dijera en la providencia cuya reforma pretendía que no estaba extendido aquel escrito en forma legal y en que para interrumpir los términos que la ley concede para entablar los recursos contra las providencias ó acuerdos de los Juzgados y Tribunales basta con que la parte ó su Procurador presenten en tiempo los escritos oportunos utilizando el recurso legal, aunque no estén suscritos por Letrado:

Resultando que D. Eduardo Morales se opuso á la reforma, porque el escrito presentado el día 19 con la firma de Letrado se hallaba fuera de término y el presentado antes con la firma del Procurador era nulo y no podía producir efecto alguno; y el Juzgado en auto del 31 de dicho mes de Agosto declaró no haber lugar a la reforma y mandó estar á lo resuelto en la providencia del 19, con imposición de todas las costas á Urosa:

Resultando que Urosa apeló de este auto, y admitida la apelación en un solo efecto, se remitió á la Audiencia del territorio el testimonio que se formó con los particulares que las partes señalaron, y sustanciada la apelación con la solicitud por parte de Urosa de que se revocase la providencia del 17 de Agosto en que se acordó al escrito presentado el 14 no haber lugar á proveer por carecer de firma de Letrado y se revocasen asimismo la del 19 en que se declaró no haber tampoco lugar á otorgar el testimonio para sustanciar la apelación admitida en un solo efecto y el auto de 31 que denegó la reforma de la anterior providencia, y se mandase sustanciar la apelación interpuesta contra el auto del 14 de Agosto y providencia congruente con el mismo en que se declaró cumplida la sentencia firme que se venía ejecutando, dictó auto la Sala primera de lo civil en 22 de Diciembre, confirmando con las costas la providencia y auto apelados en 19 y 31 de Agosto:

Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes, interpuso D. Galo Urosa y Alaminos recurso de casación por considerar infringidos:

1° El art. 10 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo caso 4°, refiriéndose á la regla de que no podrán proveer los Juzgados ó Tribunales á ninguna solicitud que no lleve la firma de Letrado, exceptiona los escritos que tengan los objetos que taxativamente señala y cualesquiera otras diligencias de mera tramitación, por cuanto el escrito presentado ante el Juzgado por la representación del recurrente que tenía por objeto la designación de particulares se halla comprendido entre los que la ley clasifica como de mera tramitación, á pesar de lo cual el auto recurrido confirma la providencia y auto denegatorios del testimonio, fundándose en haberse deducido dicha pretensión sin firma de Letrado y en haberse subsanado la falta fuera de término;

Y 2° En el supuesto de ser necesaria la firma de Letrado en el caso de que se trata, la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 17 de Diciembre de 1859, 29 de Febrero de 1860 y 14 de Setiembre de 1861, según las que la prohibición de proveer sobre solicitudes no autorizadas por Letrado no se opone á que interpuesta apelación sin este requisito, se interrumpe el lapso del término señalado en la ley, y de que interpuesta en tiempo una apelación sin firma de Letrado, aunque no pueda proveerse á ella mientras subsista dicha falta, debe sin embargo admitirse una vez subsanada, doctrinas aplicables por perfecta analogía al caso que se debate, y aun con mayor motivo puesto que la designación de particulares para el testimonio es diligencia ó trámite menos sustancial y menos grave que la interposición de la alzada hecha sin firma de Letrado en los negocios que dieron lugar á las decisiones citadas de este Tribunal Supremo:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que cualquiera que sea el verdadero carácter del escrito en que se señalan los particulares que ha de comprender el testimonio á que se refiere el art. 391 de la ley de Enjuiciamiento civil para reputarle ó no como de mera sustanciación á los efectos del art. 10 de la misma ley, la cuestión del presente recurso se resuelve por la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual cuando se interpone en tiempo una apelación sin firma de Letrado, si bien no puede proveerse á ella mientras no se subsane la falta, queda interrumpido el lapso del término y subsanada aquélla, debe admitirse dicho recurso, cuya doctrina es aplicable al caso de autos, en que se trata de un punto menos

importante que el de la apelación, cual es el señalamiento de los particulares que ha de contener un testimonio, lo que hizo en tiempo hábil el Procurador del recurrente y reprodujo después con dirección y firma de Letrado:

Considerando que al no estimarlo así el auto recurrido infringe la expresada doctrina legal de que se hace mérito en el segundo motivo:

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Galo Urosa y Alaminos, y en su consecuencia casamos y anulamos el auto que en 22 de Diciembre de 1882 dictó la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta corte; y devuélvase á la parte recurrente el depósito de 1.000 pesetas que tiene constituído.—(Sentencia publicada el 26 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 29 de Enero de 1884.)

376

Recurso de casación (26 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—PAGO DE PESETAS.—Ha lugar en parte al interpuesto por Doña Peregrina Vázquez Gómez y consortes con D. Vicente López y López (Audiencia de la Coruña), y se resuelve:

1º *Que las leyes de Partida referentes al valor y eficacia de las pruebas testifical y pericial han sido esencialmente modificadas por la de Enjuiciamiento civil, según repetidamente tiene declarado el Supremo Tribunal; y constituyendo las declaraciones de los peritos revisores una de las clases de prueba autorizadas por la referida ley, cuyo análisis, calificación y apreciación corresponde á los Tribunales, conformándose á las reglas de la sana crítica sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos, al usar la Sala sentenciadora de esta facultad que terminantemente la concede el art.* 609 *de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, sin que contra su apreciación se haya alegado regla de sana crítica por ella infringida, no lo han sido las leyes* 114 *y* 119, *tít.* 18 *de la Partida* 3ª;

Y 2º *Que se comete un error de hecho abonando á un cuentadante dos veces una misma partida de data.*

En la villa y corte de Madrid, á 26 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Becerreá y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por Doña Peregrina, Don Ramón y Doña Elisa Vázquez Gómez y Doña Melitona Pino Juan, en representación de sus hijos, y en nombre de todos el Procurador Don Francisco Muñoz y Zapata, dirigido por el Licenciado D. Adriano Curiel y Castro, con D. Vicente López y López, representado por el Procurador D. Julián Muñoz y Miguel, bajo la dirección del Licenciado Don José María Fernández de la Hoz, sobre pago de pesetas:

Resultando que D. Angel Ruiz, D. Manuel Pío Moreno, D. Manuel Ferreiro Cid, por sí y á nombre de D. Vicente Romero, y D. Ramón Vázquez Blanco, también por sí y á nombre de D. Vicente López y Don Francisco Valcarce, por quienes prestaron caución, otorgaron escritura en 4 de Mayo de 1851, en la que dijeron que rematadas las obras de la variación de la carretera desde los Nogales á Piedrafita por D. Mi-

guel Moreno Rey, conforme con lo acordado dieron participación á Don Ramón Vázquez y á los que por quien él hacía, arreglándose en compañía para este objeto en la manera siguiente: que Moreno y Ruiz representarían una tercera parte, y D. Ramón Vázquez, D. Vicente López y D. Francisco Valcarce otra tercera: que á Moreno, como Cajero de la Compañía, se le abonaría el medio por 100 de los fondos que ingresasen en su poder, quedando en cambio obligado á remitirlos á su destino, no abonándose á ninguno de los socios cantidad alguna por la parte de administración personal que creyesen ó pudiesen tener; y que siendo necesario adelantar fondos para la construcción de las obras, Moreno reclamaría mensualmente á los demás socios la parte que á cada uno correspondiese, adeudando el que dejase correr 10 días sin realizar el pedido un 6 por 100 de interés anual en favor del que cubriese dicha obligación:

Resultando que según se consigna en los hechos de la demanda y en los resultandos de la sentencia de primera instancia, principiadas las obras, D. Ramón Vázquez Blanco, como encargado por la Caja, corrió con los pagos, realizándolos con los fondos que le remitió la casa de Moreno de Santiago, con lo que le entregaron Valcarce y López y con lo que suplió por su parte; y que finalizadas ya las obras, reunidos en Nogales en 7 de Junio de 1860 D. Francisco Valcarce, Doña Josefa Gómez, viuda de D. Ramón Vázquez, y D. Vicente López, practicaron una liquidación, consignando que por capital y utilidades eran acreedores Doña María Josefa de 164.105 reales 29 maravedises, de los que tenía percibido con inclusión de un libramiento remitido por los señores de Santiago de 20.100 reales á cargo de D. Ramón Soler y Roca, de Lugo, endosado por D. Vicente López, 144.262 reales, faltándole 19.843 reales y 29 maravedises; D. Francisco Valcarce á 155.720 reales, de los que tenía percibidos 117.130, faltándole 37.590, y D. Vicente López a 183.160 reales, de los que tenía percibidos 163.911, faltándole 19.249 reales:

Resultando que aprobada en 3 de Octubre de 1861 por D. Vicente López la cuenta general recibida por el Cajero de D. Manuel Pío Moreno, fundado aquél en que en la liquidación de 7 de Junio de 1860 reclamó á la viuda de Vázquez 10.690 reales, resto de su capital aportado, y 38.590 reales que le correspondían por su tercera parte de utilidades; reclamación que no prevaleció por haberse estimado en 29 de Noviembre de 1862 la excepción dilatoria que á ello se opuso; pero habiendo propuesto nueva demanda reclamando 49.281 reales por los expresados conceptos, fué absuelta de ella Doña María Josefa Gómez por sentencia de 18 de Noviembre de 1864:

Resultando que convenidos D. Vicente López, D. Francisco Valcarce y la viuda de Vázquez por escritura de 3 de Enero de 1866 en aplazar las demandas que mutuamente quisieran entablar sobre el particular, y en que Valcarce en nombre propio exigiera nuevas cuentas al Cajero, lo hizo en efecto, personándose en dicho juicio Doña Josefa Gómez por sus derechos y los de sus hijos; condenándose á D. Manuel Pío Moreno por sentencia de 30 de Marzo de 1871 á formalizar las cuentas, habiéndolas en efecto rendido en 8 de Agosto de 1872, reproduciendo las que había aprobado D. Vicente López en 3 de Octubre de 1861:

Resultando que en la citada cuenta se consignó como utilidad la suma de 393.061 rs. 2 céntimos, á la que se agregó la realizada con posterioridad, fijándose el total de beneficios para la tercera parte que

representaban D. Ramón Vázquez y consortes en 134.514 rs. 72 céntimos, que con la rebaja de 18.742 rs. y 66 céntimos por intereses al 6 por 100, con arreglo á lo estipulado en la escritura social sobre el adelanto de capital á los mismos Vázquez y consortes, quedaron reducidos á 115.772 rs. y 6 céntimos:

Resultando que en la misma cuenta consignó que entraron en Caja por remesas que á ella hicieron D. Ramón Vázquez y consocios del grupo de Nogales 889.860 rs. y 94 céntimos, dando de salida por remesas al propio Vázquez desde 27 de Febrero de 1852 á 18 de Mayo de 1855 570.058 rs. 21 céntimos; habiéndose solventado el Cajero Moreno de lo que los tres socios de Nogales representaban por el capital que real y efectivamente aportaron y beneficios que obtuvieron con los 435.271 reales 59 céntimos que remitió á D. Vicente López desde 21 de Julio de 1855 á 18 de Julio de 1861 y con los 303 rs. y 20 céntimos que entregó al rendir la repetida cuenta general de 8 de Agosto de 1872:

Resultando que en 14 de Agosto de 1873 entabló demanda D. Vicente López contra Doña María Josefa Gómez y sus hijos y D. Francisco Valcarce, para que se declarase sin ningún valor ni efecto la liquidación de 7 de Junio de 1860 y se procediese por peritos ó otra nueva relativamente á los gastos de las obras, utilidades reportadas y cantidades percibidas por la tercera parte de Nogales, fijando como bases invariables el anticipo y abono de las cantidades de que hizo mérito; y que seguido el juicio por todos sus trámites en rebeldía de Valcarce, habiendo convenido Doña María Josefa Gómez y sus hijos en la nulidad de la liquidación, se declaró nula y de ningún valor por sentencia firme de 22 de Diciembre de 1874, que desestimó la demanda en cuanto por ella se pedían declaraciones previas para nueva liquidación, reservando á las partes el ejercicio de sus acciones, á fin de que si no estuviesen conformes en que la hiciese un Contador la pidiesen y obtuviesen en el juicio correspondiente, con arreglo á la escritura de Sociedad ó la cuenta general rendida por la casa gerente, y con presencia también de cuantos otros datos y comprobantes debiese utilizar:

Resultando que por no haberse puesto de acuerdo las partes sobre el nombramiento de Contador, se dió por cumplida la sentencia mencionada; y que en 8 de Noviembre de 1875 Doña María Josefa Gómez, en representación de sus hijos menores D. Ramón, Doña Peregrina y Doña Elisa Vázquez y su hijo mayor de edad D. Ricardo, dedujeron la demanda objeto de estos autos, en la que haciendo mérito de los antecedentes referidos y de las cantidades respectivamente abonadas y percibidas, dedujeron que resultaba un alcance contra D. Vicente López de 946.365 rs. que debía abonar, menos los pagos que justificase debidamente hechos; y ejercitando la conducente acción personal en juicio ordinario contra D. Vicente López y D. Francisco Valcarce para que se practicase nueva liquidación final y se justificasen los gastos é ingresos, abonando el que resultase ser en deber á los otros, pidiendo se condenase á López á la entrega de los 946 365 rs. que aparecía adeudarles, con más lo que resultase de la tasación pericial por los intereses de las partidas de dinero efectivo recibido por él según las épocas y cantidades fijadas en la cuenta general rendida por los Cajeros:

Resultando que D. Francisco Valcarce manifestó que estaba pronto á la liquidación que se pretendía, y que no negándosele haber contribuído con la parte que le correspondía y no reclamándosele cantidad alguna se apartaba del pleito, sin perjuicio de concurrir á la liquidación y ajuste de cuentas:

Resultando que D. Vicente López solicitó que se le absolviese de la demanda en cuanto á satisfacer la suma determinada que con réditos reclamaron los demandantes, ordenando que en el término de seis días se procediese á la cuenta y liquidación final, y proponiendo reconvención para que se declarase que no era responsable de parte alguna de los 18.742 rs. de intereses satisfechos por el anticipo realizado por la casa Moreno, sino que por el contrario habría de abonársele en concepto de utilidades la tercera parte de ellos por aquél ó aquellos de sus consocios que hubiesen dado lugar al suplemento que los devengó; alegando en apoyo de su pretension que terminada la Compañía tenían los socios la obligación de rendir cuentas y liquidar entre sí, no pudiendo, pendiente la liquidación, tener lugar demanda por cantidad líquida: que si había recibido distintos libramientos de la casa Moreno para suplementos con que subvenir al coste de las obras de la carretera entregó realmente á D. Ramón Vázquez lo librado por él, y como había intervenido en semejantes actos sólo con el carácter de mandatario encargado de dicha casa, ésta era la única que podía formularle cargos por la no entrega: que era indudable que había anticipado para las obras 144.568 rs., acumulándoles durante la conservación de ellas 6.467, con lo que había cumplido con creces la obligación relativa al suplemento de fondos, no pudiendo por tanto afectarle los intereses que devengó la Caja general y perteneciéndole por el contrario los correspondientes á las cantidades que se le adeudaban; y que entrañando la calidad de socio el deber de rendir cuentas detalladas, ya que los Vázquez en concepto de Administradores y Cajeros percibieron varios millones para sufragar el coste de las obras contratadas, tenían la obligación de justificar á sus consocios la exacta y legítima inversión de aquel capital:

Resultando que con su escrito acompañó el demandado seis cartas que ocupan en los autos los folios 82 á 89, dirigidas á López con la firma de Doña Josefa Gómez Vázquez, en la primera de las cuales de 2 de Agosto de 1855 le dice eran en su poder los 48.000 rs. librados en Lugo á su favor; en la de 4 de Diciembre de 1855, que se le habían entregado los 25.000 rs. de la carta orden por cuenta de D. Silverio Moreno é hijo; en la de 2 de Octubre de 1857, que le había hecho entrega su sobrino D. José Osorio de los 20.000 rs. que por él había mandado á buscar y que le entregó de los fondos que le pudieran pertenecer de la carretera; en la de 10 de Diciembre del mismo año, de haberle entregado su hijo D. Matías 12.000 rs. por igual concepto; en la del 6 de Febrero de 1858, que no habiéndole dado recibo de los 4.000 rs., habiéndole entregado Cabezudo los 2.000 que le remitía, se lo avisaba para su gobierno y cuenta; en la de 27 de Marzo dirigida por López á su hermano para que entregase 10.000 rs. á Doña María Josefa Gómez el recibo de ésta á continuación, y en la de 17 de Noviembre del mismo año, manifestando que aunque en diferentes partidas había recibido 3.162 reales que anotaba para sus cuentas:

Resultando que los demandantes insistieron en la réplica en los cargos formulados en la demanda contra D. Vicente López, impugnando los abonos de las cantidades que expresaban las cartas mencionadas, cuyas firmas redarguyó de falsas, declarando que D. Francisco Valcarce entregó de capital y le correspondieron de utilidades 157.030 reales, que le pagó D. Vicente López: que siendo 435.271 rs. lo que correspondió á los tres socios por ambos conceptos y entregaron los Cajeros á D. Vicente para pagar á sus consocios, no le correspondía de esta

cantidad más que la novena parte de utilidades, y descontándole el interés del 6 por 100 que debió satisfacer por los adelantos hechos por la Caja, ascendía sólo á 26.096 rs., pues no pagó por su cuenta capital alguno: que el resto á la suma entregada por los Cajeros para dicho pago correspondía como capital y utilidades á los demandantes, con más lo que había quedado adeudándoles por haberlo recibido por cuenta de la casa gerente durante las obras para entregar á D. Ramón Vázquez, con los réditos del 6 por 100 que conforme le fueron adelantadas dichas partidas debía satisfacer á los demandantes, abonándole los pagos legítimos que resultase haber más justificado, y fijadas tales partidas declarar hecha la liquidación y mandar que López pagase lo pretendido en la demanda y resultase de pruebas que adeudaba á los demandantes:

Resultando que recibido el pleito á prueba y negadas por Doña María Josefa Gómez las firmas de las cartas antes mencionadas, manifestando que tenía por falsos estos documentos, y no habiendo sido efectivas en su poder las cantidades expresadas en ellos, fueron cotejadas por peritos de nombramiento de las partes, que no estuvieron conformes en sus declaraciones, no habiendo podido tener lugar el nombramiento de tercero que dirimiese la discordia por haber trascurrido el término probatorio:

Resultando que sustanciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña dictó sentencia en 16 de Noviembre de 1882, que no fué conforme con la del Juez inferior, por la que absolvió de la demanda á D. Vicente López en cuanto por ella se pedía que entregase á los demandantes 946.365 rs. y lo más que resultase á tasación pericial por intereses de las partidas de dinero efectivo recibidas por él antes de las fechas á que se contraía, y á los demandantes y al demandado D. Francisco Valcarce de la reconvención propuesta por López en la contestación, negando la licencia que en representación de López se había solicitado para entablar la querella de injuria y calumnia, condenando á demandantes y demandados á que por medio de peritos elegidos en la forma ordinaria liquiden lo que les corresponde por el capital que el difunto padre de los primeros y los dos últimos suplieron para las obras de la variación de la carretera de Nogales á Piedrafita por los beneficios que obtuvieron y lo que respetivamente tenían recibido á fin de que se solventen dentro de 10 días y sin abono de intereses los alcances que resulten contra alguno ó algunos de los consocios, á cuyo efecto se declara: primero, que ningún cargo puede hacerse á D. Vicente López por las cantidades que detalla la relación núm. 1° existente á los folios 1 y 2, ni á D. Ricardo Decorvio Vázquez y hermano por la inversión de los fondos que durante la ejecución de las obras expuestas y para atender á ellas remitió á su difunto padre D. Ramón Vázquez la casa Moreno de Santiago: segundo, que ésta pagó lo que D. Vicente López, D. Francisco Valcarce y la representación de D. Ramón Vazquez debían percibir por capital y beneficios con los 435.271 rs. y 59 céntimos que remitió al D. Vicente desde 21 de Julio de 1855 á 18 de Julio de 1861 y con los 303 y 20 céntimos entregados al rendir cuenta general de 8 de Agosto de 1872: tercero, que los D. Vicente López, D. Francisco Valcarce y el difunto D. Ramón Vázquez sólo suplieron el capital de 319 802 rs. y 73 céntimos: cuarto, que para este suplemento contribuyó el D. Vicente López, con 140.412 reales: quinto, que está reconocido por los demandantes que el D. Francisco Valcarce aportó la parte de capital que le correspondía: sexto,

que los beneficios que obtuvieron los tres consocios quedaron reducidos en la reducción que hizo la Caja por razón de intereses de lo que adelantara á 115.772 rs. y 6 céntimos: séptimo, que en descargo de los 435.271 rs. y 59 céntimos que recibió D. Vicente López de la casa Moreno de Santiago para el pago de capital y beneficios de los tres que formaban la mitad social de Nogales entregó á D. Francisco Valcarce 157.130 rs., y á Doña Josefa Gómez, viuda de D Ramón Vázquez, 96.262 y además 89.192 rs., cuya entrega acreditan las cartas referidas, folios 82, 85, 86, 87 y 89, que así bien se admitirán en data: octavo, que los 303 rs. y 20 céntimos entregados por el Cajero Moreno al rendir la cuenta general son cargo contra los que hubiesen recibido:

Resultando que Doña Peregrina Vázquez Gómez y consorte interpusieron recurso de casación, que fundaron en haberse infringido á su juicio:

1º Las leyes 114 y 119, tít. 18 de la Partida 3ª, y la jurisprudencia establecida en su conformidad por este Tribunal Supremo en sentencias de 17 de Marzo de 1859 y 9 de Mayo de 1863, 12 de Junio de 1867 y 11 de Enero de 1877, según las cuales si la parte contra quien se aduce en juicio un documento privado que aparece firmado por la misma lo negase diciendo que no es suyo ni ella lo hizo ni lo mandó hacer, incumbe á la otra parte probar su legitimidad en los términos que requería la citada ley, no bastando, según la misma y la jurisprudencia invocada, la prueba del cotejo de la letra y firma negados con otras indubitadas de la persona á quien se atribuían, sino que era necesario además para la de testigos que aseverasen la legitimidad del documento redargüido de falso, afirmando que lo hizo ó mandó escribir la persona á quien se atribuye, toda vez que la sentencia declaraba entregados por D. Vicente López á Doña María Josefa Gómez y mandaba que se la admitieran á aquél en data, además de otras cantidades, la de 89.192 reales, cuya entrega se decía acreditaban las cartas que aparecían firmadas por dicha Doña María Josefa, siendo así que ésta las había negado y redargüido de falsas y el contrario no había suministrado ni la sentencia apreciaba prueba alguna de la legitimidad de tales cartas, sino que la única intentada fué la del cotejo pericial, que produjo una discordia que no había sido dirimida:

2º La infracción de las mismas leyes y jurisprudencia invocadas en el número anterior, en cuanto constituía error de derecho en la apreciación de las pruebas, dando á dichas cartas fuerza y valor probatorio que terminantemente le negaban aquellas disposiciones legales;

Y 3º En el error de hecho resultante de documentos auténticos y que demostraban la equivocación evidente de la Sala sentenciadora, por cuanto en la declaración 7ª, que establecía como una de las bases para la liquidación á que condenaba á las partes, duplicaba el cargo á los demandantes y abonaba á D. Vicente López una misma partida de data de éste, que era la de 48.000 rs. librados á Doña María Josefa Gómez en carta orden á pago de la casa Soler, de Lugo, y que aquélla cobró en 30 de Julio de 1855, acusando su recibo á López en carta de 2 de Agosto del mismo año, incluyéndose dichos 48.000 reales una vez en la suma de 96.262 rs., como entregados aquéllos por López á Doña María Josefa por medio del citado giro contra la casa de Soler, de Lugo, y otra vez en la suma de 89.192 rs., que aparecían entregados á la repetida Doña María Josefa, según las cartas que citaba la sentencia, siendo así que una de ellas era la de 2 de Agosto de 1855 en que dicha

señora acusó á López el recibo de los repetidos 48.000 rs. cobrados de la casa Soler, de Lugo, en virtud de la mencionada carta orden de aquél:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que las leyes de Partida referentes al valor y eficacia de las pruebas testifical y pericial han sido esencialmente modificadas por la de Enjuiciamiento civil, según repetidamente tiene declarado este Supremo Tribunal; y constituyendo las declaraciones de los peritos revisores una de las clases de prueba autorizadas por la referida ley, cuyo análisis, calificación y apreciación corresponde á los Tribunales, conformándose á las reglas de la sana crítica sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos al usar de esta facultad que terminantemente concede el art. 609 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, como lo ha verificado la Sala sentenciadora en el presente caso, sin que contra su apreciación se haya alegado regla de sana crítica por ella infringida, ni lo han sido las leyes 114 y 119, tít. 18 de la Partida 3ª que se cita en los dos primeros motivos del recurso:

Considerando, respecto al tercero, que en la sentencia recurrida se ha cometido un error de hecho abonando á D. Vicente López dos veces la partida de data de 48.000 rs., puesto que primero se incluyó y forma parte de la suma de 96.262 rs. en virtud de la compulsa referente á los libros de cuentas corrientes de D. Ramón Soler y hermanos, de Lugo, que acreditan la entrega á Doña María Josefa Gómez de la cantidad de 48.000 rs. girados por D. Vicente López, y posteriormente en virtud de la carta folio 82 en que la Gómez acusaba al López el recibo de 48.000 rs. librados en Lugo á su favor se volvió á incluir y formar parte de la suma de 89.192 que la sentencia estima como más data sobre la de los 96.262 de que antes se ha hecho mérito; y como de los autos no resulta ningún otro libramiento ni giro de igual procedencia y por la misma cantidad que el anteriormente expuesto, es evidente que la carta folio 82 se refiere á aquél, y por consiguiente que se le abona dos veces una misma cantidad, y en tal concepto es procedente la casación en esta parte por dicho motivo;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Peregrina Vázquez Gómez y consortes en cuanto á los dos primeros motivos que son objeto del mismo; que ha lugar á dicho recurso respecto al tercer motivo, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia que en 16 de Noviembre de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, sólo en cuanto al error de hecho que contiene la declaración séptima de la misma, ó sea la de acreditar como data á D. Vicente López la cantidad de 89.192 rs., que debe quedar reducida á la de 41.162 rs.—(Sentencia publicada el 26 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 29 de Enero de 1884.)

377

Recurso de casación (27 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera*.—ENTREGA DE MINERALES É INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.—Ha lugar al interpuesto por D. Ignacio Gómez de Salazar con D. Carlos Enrique Martínez (Audiencia de Granada), y se resuelve:

1º *Que según lo establecido en el decreto ley de 29 de Octubre de 1868, las concesiones mineras son perpetuas, incondicionales y tienen el carácter de una propiedad privada hasta el punto que con arreglo á su art. 23 sólo caducarán y se declararán nulas cuando el dueño deje de satisfacer el importe de un año del canon que le corresponda, y que perseguido por vía de apremio no lo satisfaga en el término de 15 días ó resulte insolvente; y por consiguiente, aun admitiendo que los demandantes ó su causante derecho no hubiesen tomado posesión de una demasía, ó que ésta fuera defectuosa como sienta la sentencia sería aquella falta insuficiente para invalidar la propiedad, puesto que la ley primeramente citada no establece este requisito como indispensable para adquirirla y conservarla, modificando en esta parte el art. 38 de la de 24 de Marzo de 1868, aplicado por ello indebidamente en la sentencia; y abundando en este mismo sentido la Real orden de 3 de Abril de 1876, declaró que la toma de posesión á que se refiere el citado artículo 38 no influye para nada en la perpetuidad y subsistencia de los derechos del concesionario de una mina sobre las pertenencias que la misma abraza:*

2º *Que los defectos cometidos en las particiones de una herencia pueden afectar á los derechos de los partícipes en ella, pero no extinguir las obligaciones de un tercero ni la acción de aquéllos para exigir su cumplimiento, cuando lo reclaman todos los partícipes en junto:*

3º *Que el art. 26 de la ley anteriormente citada de 26 de Diciembre de 1868 impone de una manera clara y terminante al* dueño *de minas la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que ocasionase á otras minas;*

Y 4º Que el mineral extraído es una parte esencial de la mina y no puede considerarse como frutos ó rentas que se producen sin alterar ni disminuir la propiedad; y por consiguiente son inaplicables al caso las leyes y doctrinas que adjudican al poseedor de buena fe los frutos de la cosa poseída.

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Diciembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Almería y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. Ignacio Gómez de Salazar, como marido de Doña Josefa Sánchez Barranco, y ésta como madre y legítima representante de la menor Doña María de Padilla Sánchez, y D. Luis Goy y Marco, en concepto de marido de Doña Josefa de Padilla y Sánchez, propietarios y vecinos de Almería, con D. Carlos Enrique Martínez, propietario de la misma vecindad, sobre entrega de minerales é indemnización de daños y perjuicios, representados respectivamente en este Tribunal Supremo por los Procuradores D. José María Aguirre y D. Eusebio Casaes y Castro, bajo la dirección de los Licenciados D. Fernando López Sagredo y D. Francisco Silvela:

Resultando que en 6 de Octubre de 1859 se expidió Real título á favor de D. Francisco Padilla Guerrero de una mina de plata denominada *Curra*, en término de Hijar, provincia de Almería, conforme á lo prescrito en el art. 5º de la ley de minería; linde por Oeste con Monterraquiel, antes San Juan; Sur con Júpiter, y Norte con el registro *Por si acaso pega*; cuyo Real título fué inscrito en el correspondiente Registro de la propiedad en 15 de Enero de 1864, y por escritura otorgada en 30 de Enero de 1860 D. Francisco Padilla Guerrero formó Socie-

dad para la explotación de dicha mina, que llevaría el nombre de la misma y constaría de 116 acciones, representadas por igual número de láminas, en esta forma: 132 el otorgante, 23 D. Francisco Padilla Orland y Doña Rosario Orland, hija y mujer respectiva del otorgante, cuya escritura fué aprobada por Real decreto de 20 de Abril siguiente:

Resultando que en 29 de Julio de 1872 el Gobernador civil de Almería expidió título de propiedad de las demasías de la mina *Curra*, sita en término de Híjar, á favor de D. Francisco Padilla Orland, según lo resuelto en 18 de Mayo y conforme á lo prescrito en la ley de 6 de Julio de 1859, reformada por la de 4 de Marzo de 1868, y en 17 de Diciembre de 1873 se dió posesión de la mina *La Curra* al representante del concesionario sin contradicción alguna, inscribiéndose el expresado título en el Registro de la propiedad en 25 de Setiembre de 1880:

Resultando que por fallecimiento de D. Francisco Padilla Guerrero y Doña Rosario Orland heredó todos sus bienes su hija Doña Francisca Padilla y Orland, y entre ellos las 160 acciones de que se componía la mina *Curra*, y habiendo fallecido el Padilla Orland después de obtener las demasías de la propia mina, se dividieron sus bienes entre sus herederos, y practicada la división de las acciones de mina y demasía expresada, correspondieron á sus hijos D. Francisco, Doña Josefa y Doña María, y fallecido el primero, tocó á su madre Doña Josefa Sánchez Barranco lo á él correspondiente, quedando por tal título hereditario dueños en posesión de la repetida mina y demasía:

Resultando que en 12 de Agosto de 1863 se expidió á favor de Don Carlos Enrique Martínez Real título de concesión de una mina de plomo denominada *Por si acaso pega*, sita en término de Híjar, provincia de Almería, según lo resuelto con fecha 4 del mismo mes y conforme á lo prescrito en el art. 50 de la ley de minería de 11 de Abril de 1849; cuyo título fué inscrito en el correspondiente Registro de la propiedad en 28 de Setiembre del mismo año:

Resultando que por escritura otorgada en 18 de Enero de 1876 Don Carlos Enrique Martínez dió á partido dicha mina *Por si acaso pega* para su exploración y explotación por espacio de ocho años á Francisco Medina y Manuel Rico, bajo ciertas condiciones, entre ellas la de no introducirse en las exploraciones y explotaciones ó labores en pertenencia alguna minera de las limítrofes, y si lo hicieren serían responsables al abono é indemnización de lo extraído, así como de los gastos consiguientes por su introducción, y que todos los minerales que los partidarios obtuvieren habían de abonar á Martínez de los primeros 600 quintales el 13 por 100, de los excedentes hasta 800 el 17, hasta 1.000 el 25, y del exceso sin determinación el 50 por 100 íntegro de su valor como productos en cada varada:

Resultando que en 10 de Enero de 1881 Doña Josefa Sánchez Barranco, viuda de D. Francisco Padilla Orland, por sí y como madre y legítima representante de las menores Doña Josefa y Doña María Padilla y Sánchez, dedujo demanda exponiendo, después de hacer mérito de alguno de los antecedentes relacionados, que por virtud de las operaciones divisorias de los bienes de Padilla Orland y uno de sus hijos y de la escritura adicional correspondía á los demandantes la totalidad de las 160 acciones de la mina *Curra* y demasía: que estando en el pleno dominio de ellas tuvieron conocimiento de que la colindante *Por si acaso pega*, propia de D. Carlos Enrique Martínez, según Real título

expedido á su favor en 13 de Agosto de 1863, había rebasado con sus trabajos el límite Sur de su demarcación, atravesando con las labores toda la demasía á *La Curra*, cuyo hecho supieron oficialmente por el reconocimiento practicado á instancia de D. Carlos Huelín: que en vista de ello y á fin de conocer la introducción llevada á cabo por el *Por si acaso pega*, promovió la demandante expediente gubernativo ante la Autoridad competente, solicitando el reconocimiento de labores, la fijación de límites, levantamiento de planos y que se determinara el número de quintales de mineral extraídos en su propiedad, cuyas operaciones había practicado el cuerpo de Ingenieros, resultando que se había extraído próximamente 6.194 quintales de mineral de galena que de la demasía á *La Curra* se habían explotado indebidamente por la colindante *Por si acaso pega*, propia de D. Carlos Enrique Martínez; lo cual había verificado por haber rebasado en sus labores los límites de la demarcación que le estaba concedida, apropiándose de aquéllos con grande perjuicio de los demandantes, á quienes se les había privado de una manera abusiva de los productos de la cosa que les era privativa; y después de alegar varios fundamentos de derecho y diciendo ejercitar la acción real y personal, pidió se declarase que á los demandantes exclusivamente tocaban y correspondían como de su propiedad todos los minerales encontrados y que se encontrasen enclavados en la demarcación de la demasía de la mina *La Curra*, y en su consecuencia se condenase á D. Carlos Enrique Martínez á que se les entregase los 6.194 quintales de galena que había explotado y extraído indebidamente de dicha demasía, ó los que resultasen á juicio de peritos, ó su estimación hecha en la misma forma, á que les indemnizase todos los daños y perjuicios que había ocasionado con la introducción, y en las costas:

Resultando que conferido traslado á D. Carlos Enrique Martínez después de resuelta cierta excepción dilatoria que propuso, le evacuó pidiendo se le absolviera de la demanda con imposición de perpetuo silencio y costas á las actoras: y para ello expuso que era dueño de la mina *Por si acaso pega*, según el real título de su concesión que acompañaba; que puesto en posesión del terreno había venido trabajando libremente en él hasta el año de 1875 sin hallar minerales ni beneficio alguno hasta Enero de 1876, en que se obtuvo un pequeño descubrimiento; que con este motivo dió la mina á partido por la escritura que igualmente acompañaba, por cuya cláusula 5ª se consignó la escala de sus utilidades de 13 por 100 hasta 600 quintales, del 17 hasta 800, del 25 hasta 1.000, y en adelante el 50; que los beneficios en bruto obtenidos en dicho contrato ascendieron á 55.548 pesetas, y los gastos por todos conceptos á 56.470 pesetas; que lo recibido por el demandado desde el descubrimiento de la riqueza ascendió á 6.900 pesetas; que se verificó; en efecto, un reconocimiento facultativo acordado por el Gobernador á instancia de Doña Josefa Sánchez Barranco en dos espacios diferentes en el subsuelo de la demasía, mas para el primero no fué citado Martínez ni podía considerarse aquel comprendido en el segundo, por cuanto se refería á labores y á fechas distintas; y que la demanda se interponía sin más antecedentes que el certificado de dichos reconocimientos y el del Jefe de Fomento, en que asegura que el expediente administrativo estaba concluído; que no es modo legal de acreditar la introducción de las labores en el terreno concedido á la demasía de la mina *Curra* el informe de un solo Ingeniero; que mientras no se acre-

dite que Martínez es el autor de las labores que se suponen introducidas y que se ha apropiado de la riqueza que se supone extraída, ninguna responsabilidad podía pedirse por este concepto; que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos de la cosa poseída con abono de gastos hechos para obtenerlos; y que la falta de la previa citación produce nulidad en cualquiera reconocimiento administrativo de minas:

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica reprodujeron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones; y recibido el pleito á prueba, se practicaron las propuestas por las partes por medio de posiciones, documentos y peritos; habiendo el tercero nombrado en discordia de los designados por las partes, manifestando que el mineral extraído por la mina *Por si acaso pega* de la demasía de la *Curra*, asciende á 6.327 quintales, que su precio importa 212.587 rs., y los gastos de preparación y exportación 106.293 rs. 50 cénts.:

Resultando que unidas las pruebas alegó D. Ignacio Gómez Salazar, como marido, en segundas nupcias, de Doña Josefa Sánchez Barranco, y ésta por sí y como madre y legítima representante de Doña Josefa y Doña María Padilla Sánchez, pretendiendo se condenase á don Carlos Enrique Martínez á que les entregase los 6.327 quintales de galena, que á juicio de peritos resultaba haber explotado y extraído indebidamente de la demasía de la mina *Curra*, ó su estimación, que también se había hecho en la misma forma, dando un valor líquido de 106.293 rs. 50 cénts.; á que les indemnizase los daños y perjuicios que había ocasionado con la introducción y en todas las costas; y el demandado alegó á su vez insistiendo en lo que tenía pretendido en sus anteriores escritos:

Resultando que el Juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo de la demanda á D. Carlos Enrique Martínez; y admitida la apelación interpuesta por D. Ignacio Gómez Salazar y consortes y sustanciada la alzada, la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada, por sentencia de 27 de Febrero último, confirmó con las costas la apelada:

Resultando que por parte de D. Ignacio Gómez de Salazar, como marido de Doña Josefa Sánchez Barranco, la cual representa á su hija Doña María Padilla y Sánchez, y D. Luis Goy Marco, en concepto de marido de Doña Josefa Padilla Sánchez, se interpuso recurso de casación por infracción de ley, alegando como motivos:

1° Que en cuanto la Audiencia ha negado ó puesto en duda la propiedad de los recurrentes por la falta de toma de posesión de la mina *Curra* ó su demasía, fundando en esto la falta de derecho para reclamar sus minerales, ha infringido: primero, el decreto ley de 29 de Diciembre de 1868, según el cual las concesiones tienen el concepto de una propiedad privada que no exige el acto material de una solemne posesión; la Real orden de 3 de Abril de 1876, que aclarando el sentido del art. 38 de la ley de 24 de Junio de 1868, resuelve que no es necesaria la toma de posesión, y declara que en la expedición del título de propiedad de una mina, previos los requisitos de la ley, va envuelta la posesión civilísima, y que no es necesaria ninguna toma de posesión; segundo, el principio de derecho de que el que toma posesión de un todo, la toma de todas sus partes, en cuanto en 17 de Diciembre de 1873 se dió posesión al concesionario de la mina *Curra*, á la cual desde 29 de Julio de 1872 estaba unida la demasía por haberse expedido en aquella fecha el título de propiedad, y la sentencia asegura que no ha tomado posesión; tercero, el principio de derecho de que para recla-

mar indemnizaciones por perjuicios causados en una propiedad debe el dueño de ella probar el dominio y posesión solemne, y que no le basta el título, la posesión no negada y la inscripción en el Registro de la propiedad; cuarto, el principio de derecho que establece que cuando se verifica un acto oficial manifestándose de un modo expreso que se va á verificar con un fin determinado, se entiende que se ha verificado con este fin y no con otro distinto; pues habiéndose formado expediente para tomar la posesión de la demasía, á ella se refería la toma de posesión de 17 de Diciembre de 1873 que terminó el expediente promovido con este fin y no á la primitiva *Curra*, separada de la demasía; quinto, el principio de derecho que declara que nadie puede ir contra sus propios actos; y no puede ser excepción para Martínez la falta de toma de posesión, fundándose en ella la falta de dominio y derecho, cuando en repetidas ocasiones en los autos ha reconocido en los recurrentes la propiedad de la demasía; que de lo alegado respecto á este motivo de casación se desprende que por la ley no hay necesidad de toma de posesión, que sin necesidad se tomó la posesión de la mina *Curra*; que aun en el caso de haber necesidad de la toma de posesión y de no haberse llenado este requisito, sería innecesaria la toma de posesión solemne, y bastaría la posesión de hecho reconocida y el título y la inscripción en el Registro para reclamar lo que habían reclamado los recurrentes:

2° Que en segundo lugar en cuanto la Audiencia ha negado á los recurrentes el derecho de reclamar como propietarios la devolución de los minerales que se les usurparon, dando por razón que en la escritura de partición de bienes por muerte del causante de los mismos intervino un curador *ad litem* y no *ad bona*, y que respecto de una parte de la herencia la escritura de división entre los herederos no obtuvo la aprobación judicial, se han infringido: primero, el principio de derecho que establece que el testamento y la ley trasmiten el derecho á los herederos y no la partición; segundo el principio de derecho, según el cual pidiendo todos los partícipes en junto y unidos una cosa hereditaria no se libra el deudor porque pueda faltar una formalidad en la división que entre sí hayan hecho los partícipes en la herencia; tercero, el principio de que las particiones establecen derechos entre los herederos y partícipes, pero no aumentan ni disminuyen las obligaciones de los extraños á su herencia; cuarto, la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Abril de 1867, según la cual, si bien las leyes 10 y 11, tít. 21, libro 10 de la Novísima Recopilación impone á los testamentarios el deber de presentar á la aprobación judicial las cuentas y particiones de herencia en que están interesados menores, después de practicadas extrajudicialmente, sin cuyo requisito se infiere no han de perjudicar á aquéllos, no determinan que su omisión produzca la nulidad de las mismas particiones; que aun en el supuesto de ser éstas rescindibles por la expresada misión cuando procede la reparación de perjuicios sufridos por los menores han de intentar necesariamente los perjudicados para obtener dicha rescisión el remedio que les conceden las leyes, que es el de la restitución *in integrum* antes de haber espirado el cuadrenio legal; que resulta, en cuanto á este motivo de casación, que la Audiencia absuelve á Martínez de la demanda en que se le reclama por los dueños de la mina *Curra* que les devuelva los minerales de su propiedad que les ha usurpado, fundándose en que á la muerte del padre de los recurrentes no se hicieron bien

las particiones de su herencia, y que no tiene la aprobación judicial una parte de ella; es decir, que se concede derecho á un deudor para librarse de pagar la deuda á título de que los herederos de su acreedor han hecho bien ó mal las particiones, lo cual es un absurdo cuando se presentan todos los coherederos, y no pide cada uno como dueño de una parte determinada de la misma que se le haya adjudicado en las particiones, sino todos juntos como dueños del todo; en cuyo caso, aun suponiendo que no se hubiera hecho división alguna, ó que ésta fuera nula y no valiera, resultaría que todos los herederos de Padilla Orland son dueños proindiviso en proporciones distintas de la *Curra* y su demasía, y todos ejercitan un derecho que les da ese dominio:

3° Que en tercer lugar en cuanto la sentencia absuelve á Martínez de la demanda por no haber sido él personalmente quien ha extraido los minerales, sino un partidario, aparcero ó arrendatario suyo, ha infringido: primero, el art. 55 de la ley de minería de 6 de Julio de 1859, según el cual todo minero indemnizará por convenio privado ó por tasación de peritos, con sujeción á las leyes comunes, los daños y perjuicios que ocasionare á otras minas de cualquier modo, de que resultare menoscabo á intereses ajenos dentro ó fuera de las minas y en operaciones anteriores simultáneas ó posteriores á la extracción del mineral; el art. 26 de la ley de 29 de Diciembre de 1868, según el cual todo dueño de minas indemnizará por convenios privados ó por tasación de peritos, con sujeción á las leyes comunes, los daños y perjuicios que ocasionare á otras minas de un modo cualquiera por el cual resultara menoscabo á intereses ajenos dentro ó fuera de las mismas; segundo, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que aplica y sanciona esta doctrina sentada en sentencia de 9 de Abril de 1866; tercero, los artículos, entre otra multitud de las leyes vigentes en materias de minas, 49 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62 y 63 de la ley de 6 de Julio de 1859; 71 y 72 del reglamento de 24 de Junio de 1865; 21, 22, 23, 24 y 26 de la ley de bases de 29 de Diciembre de 1868, que declaran la responsabilidad en el buen orden del laboreo, pagos é indemnizaciones y cumplimiento de múltiples obligaciones á cargo de los dueños de minas respecto del Estado y particulares, sin tener en cuenta ni reconocer para nada al arrendatario ó partidario ó jornalero; cuarto, los artículos anteriormente citados y la circular de la Dirección de minas de 27 de Julio de 1856 que está vigente y se observa, y la Real orden de 14 de Febrero de 1872, en cuanto el expediente administrativo que precede á reclamación judicial para fijar el hecho de la instrucción se sustancia sólo con el dueño de la mina y no con los partidarios ó destajistas: resultando á la vez infringido el principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos, en cuanto Martínez intervino por sí en el expediente administrativo sin pedir que se llamara á sus partidarios, é intervino en el reconocimiento de las labores de la intrusión, pidió que se declararan sin efecto los informes periciales, se alzó de las providencias del Gobernador reconociendo y aceptando con todo ello el concepto de responsable; quinto, el principio de derecho *qui per alium facit, per se ipsum facere videtur*, en cuanto el partidario trabajó en nombre y con autorización del dueño; sexto, el principio de derecho que declara que los derechos son renunciables, mas no las obligaciones, y que el que está obligado á alguna cosa no se libra de responsabilidad por pactar con un tercero que éste no faltará á su deber ó que tomara su deber ó que tomara sobre sí las responsabilidades, en cuanto la Au-

diencia ha creído que obligado Martínez como propietario de la mina *Por si acaso pega* á indemnizar á los dueños de las inmediatas los minerales que se les quitaron, se libra de esta obligación por haber pactado con los partidarios que éstos no se introducirían en pertenencia alguna minera de las limítrofes, y que en caso de verificarlo serían responsables del abono de lo extraído; séptimo, el principio de que el que puede y debe evitar un daño, y no lo evita, es responsable de las consecuencias; y al considerar irresponsable á Martínez ha infringido esta doctrina, que tuvo en cuenta y reconoció aquél al reservarse en la cláusula 11 del contrato de arrendamiento ó partido la facultad de tener un encargado que vigilara y observara el puntual cumplimiento de todo lo convenido, y entre ello el evitar las introducciones, encargado que tendría facultad de mandar, y al cual los partidarios se obligaban á obedecer en todo cuanto tocase al buen régimen y labores:

4° Que al declarar la Audiencia bien adquiridos los metales extraídos de la *Curra*, porque el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, sentando el erróneo concepto de que los minerales de una mina son frutos de ella, ha infringido el principio de que la buena fe al apoderarse de una cosa ajena no quita el dominio del dueño, y el principio de que los productos de una mina no son frutos de ella sino parte de la misma, y la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Mayo de 1879, que declara que el usufructo de una mina consiste en las utilidades que por las trasformaciones industriales ó mercantiles á que se las destine produzcan los metales ú otros minerales extraídos de dichas minas, puesto que si se les conceden los minerales mismos en concepto de frutos y rentas con pleno dominio y libre disposición, se le entrega en absoluto la propiedad de la mina, ó sea la sustancia de la cosa usufructuada, que debe reservarse íntegra y entregarse al dueño cuando termine el usufructo; que la mina no es más que el continente, da frutos, cuando extraídos éstos no se reproducen; y que respecto á la buena ó mala fe basta saber que la buena fe al aprovecharse del capital ajeno no libra ni dispensa de la restitución como ha creído la Sala sentenciadora:

5° Que al absolver la Audiencia á Enrique Martínez respecto á los minerales en que él se ha lucrado, además de las leyes antes citadas ha infringido el principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro, y el de que el que se ha apoderado por equivocación ó mala fe de una cosa ajena tiene que devolverla, sobre todo si tiene obligación de evitar aquello, en cuanto D. Carlos Enrique Martínez confiesa, y la Audiencia declara que el dueño de la mina *Por si acaso pega* ha recibido de los productos de los minerales propios del recurrente la cantidad correspondiente al tanto por 100 pactado con el partidario:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que según lo establecido en el decreto-ley de 29 de Octubre de 1868 las concesiones mineras son perpetuas, incondicionales y tienen el carácter de una propiedad privada hasta el punto que con arreglo á su art. 23 sólo caducarán y se declararán nulas cuando el dueño deje de satisfacer el importe de un año del canon que le corresponda, y que perseguido por vía de apremio no lo satisfaga en el término de 15 días, ó resulte insolvente, y por consiguiente aun admitiendo que los demandantes ó su causante derecho no hubiesen tomado posesión de la demasía *Curra*, ó que ésta fuera defectuosa como sienta la sentencia recurrida, sería aquella falta insuficiente para invalidar la

propiedad, puesto que la ley primeramente citada no establece este requisito como indispensable para adquirirla y conservarla, modificando en esta parte el art. 38 de la de 24 de Marzo de 1868, aplicado por ello indebidamente en la sentencia; y abundando en este mismo sentido la Real orden de 3 de Abril de 1876, declaró que la toma de posesión á que se refiere el citado art. 38 no influye para nada en la perpetuidad y subsistencia de los derechos del concesionario de una mina sobre las pertenencias que la misma abraza:

Considerando que los defectos cometidos en las particiones de una herencia pueden afectar á los derechos de los partícipes en ella, pero extinguir las obligaciones de un tercero ni la acción de aquéllos para eximir su cumplimiento, cuando como en el caso presente la reclaman todos los partícipes en junto:

Considerando que el art. 26 de la ley anteriormente citada de 29 de Diciembre de 1868 impone de una manera clara y terminante al *dueño* de minas la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que ocasionase á otras minas, y en el caso presente, aun sin este precepto, pesaría sobre el demandado D. Carlos Enrique Martínez tal obligación, porque los que se reclaman en este pleito, aunque no los causó personalmente, procedieron de actos voluntarios practicados en utilidad y beneficio suyo y por su culpa ó negligencia, puesto que pudo y debió evitarlo teniendo un encargado que vigilara los trabajos de los partidarios, conforme á la facultad de establecer, lo que se reservó en la cláusula 11 del contrato de arrendamiento ó partido:

Considerando que el mineral extraído es una parte esencial de la mina y no puede considerarse como frutos ó rentas que se producen sin alterar ni disminuir la propiedad, y por consiguiente son inaplicables á este caso las leyes y doctrinas que adjudican al poseedor de buena fe los frutos de la cosa poseída:

Considerando que por tales conceptos la sentencia recurrida, al absolver al demandado, fundado en que al título de los demandantes de la pertenencia de la demasía *Curra* le falta la toma de posesión administrativa, en la falta de título legítimo de herencia por defectos en la escritura de descripción de bienes en que el dueño de la mina *Por si acaso pega* D. Carlos Enrique Martínez no fué quien extrajo de la demanda, y en que los hizo suyos porque los adquirió de buena fe, infringe el decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, su art. 26 y las doctrinas que se citan en los motivos del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia que en 27 de Febrero último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Granada por D. Ignacio Gómez de Salazar, como marido de Doña Josefa Sánchez Barranco, la cual representa á su hija Doña María Padilla y Sánchez, y D. Luis Goy Marco, en concepto de marido de Doña Josefa Padilla Sánchez; en su consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia: devuélvase á los recurrentes el depósito que constituyeron.—(Sentencia publicada el 27 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Enero de 1884.)

378

Recurso de casación en asunto de Ultramar (27 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—TERCERÍA DE DOMINIO.—No ha lugar al interpuesto por D. José Zabarte con D. José Belén García (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1º *Que si la Sala sentenciadora, apreciando el valor comparativo de las escrituras públicas que figuran en autos y las demás pruebas testificales, periciales y de confesión, ha consignado su convencimiento de que la casa en cuestión se compró por el ejecutado, si bien puso la escritura á nombre de su hijo con un fin determinado, hipotecándola no obstante después, vendiéndola á retro y ofreciéndola al embargo únicamente como de su propiedad sin la menor oposición del hijo, hoy tercerista, apreciación de pruebas que constituye el punto capital y decisivo del juicio y contra la cual no procede el recurso de casación; no son aplicables, por lo tanto, las leyes* 27, *tít.* 2º, *Partida* 3ª; 24, *tít.* 13, *Partida* 5ª; 6ª, *tít.* 17, *Partida* 4ª; *regla* 12 *del Derecho, consignada en el tít.* 34 *de la Partida* 7ª; 8ª, *tít.* 18, *Partida* 3ª; *art.* 317 *de la ley de Enjuiciamiento civil; leyes* 33 *y* 54, *tít.* 5º, *Partida* 5ª; 1ª, *tít.* 14, *Partida* 3ª; 8ª, *tít.* 2º, *y* 114, *tít.* 18 *de la misma Partida, y la doctrina legal y jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, en que se consigna que se infringe la ley* 5ª, *tít.* 24, *libro* 10 *de la Novísima Recopilación cuando se da preferencia sobre un contrato que consta de escritura pública y solemne, y con la circunstancia de ser de fecha anterior al que no consta de ninguna clase de documento, sino en confesión hecha por las partes en un acto de conciliación: porque casi en su totalidad se fundan estas alegaciones en un criterio diverso del establecido por la Sala en uso de sus exclusivas facultades, sin que en esa apreciación se haya cometido error alguno de derecho ni extralimitación contraria al texto del art.* 317 *de la ley de Enjuiciamiento civil;*

Y 2º *Que no invalida ni contradice esa apreciación principal de la Sala la suposición que, aunque sin necesidad, se ha hecho de que el hijo fuese el comprador de la casa, y que el padre en ese caso la habría enajenado con derecho, pero con ciertas reservas, por pertenecer al peculio adventicio de aquél; porque planteada la cuestión bajo este punto de vista, lo mismo que bajo el de que el padre fuese el comprador, daría siempre el resultado de que dichas escrituras prevalecerían, desapareciendo en uno y otro caso el título en que se funda la tercería de dominio desestimada por la sentencia; y porque aun cuando este segundo aspecto de la cuestión fuese aceptable, nunca podría destruir por su carácter meramente hipotético la eficacia de la primordial y decisiva apreciación de los hechos y su natural consecuencia jurídica de no haber lugar á la demanda, resolución cardinal del fallo y objeto único y exclusivo del recurso su anulación, toda vez que la reserva de derechos que en segundo término contiene, cualquiera que sea su procedencia y alcance, no ha sido materia directa de aquél.*

En la villa y corte de Madrid, á 27 de Diciembre de 1883 en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de Gua-

dalupe de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. José Zabarte y Zuzarte, representado por el Procurador D. Pedro Faura y defendido por el Licenciado D. José Cristobal Sorni, con D. José Belén García y Cartaya, y en su nombre el Procurador Don Luis García Ortega, bajo la dirección del Licenciado D. Joaquín Costa y D. José Zabarte y García, hoy sus herederos, sobre tercería de dominio:

Resultando que por escritura otorgada ante el Notario D. Carlos Laurent, en 11 de Diciembre de 1867, D. Jacinto Cid vendió la casa núm. 113 de la calle de la Salud á D. José Zabarte y Zuzarte, de 20 años de edad, en precio de 21.000 escudos, compareciendo personalmente el comprador á aceptar la venta y firmando con su nombre y sus dos apellidos:

Resultando que ante el Notario D. Luis Rodríguez se otorgó otra escritura en 30 de Setiembre de 1870, por la que D. José de Zabarte y Zuzarte, mayor de edad y á quien dió fe de conocer el Notario, vendió la casa mencionada á D. José Belén García en precio de 12.000 escudos, con pacto de retro por término de un año, y estando hipotecada por escritura de 20 de Mayo de 1869 á D. José Joaquín Barrena, compareció éste prestando su conformidad á levantar la hipoteca por haber recibido de García la cantidad que garantizaba, autorizando la escritura todos los otorgantes, y haciéndolo el vendedor en esta forma: José de Zabarte:

Resultando que entablado un juicio ejecutivo por D. José Belén García contra D. José de Zabarte, y despachada la ejecución, el alguacil pasó á la calle de la Salud, núm. 113, habitación del deudor, y requerido de pago en Noviembre de 1875, manifestó que no tenía otros bienes que el derecho de retrocomprar la casa que había vendido con pacto de retro al mismo D. José Belén García, que era la propia en que habitaba como inquilino; derecho que fué embargado por no encontrarse otros bienes:

Resultando que posteriormente en 2 de Mayo de 1878 se libró mandamiento contra D. José Zabarte á fin de embargarle la casa que poseía en la calle de la Salud, núm. 113, para con su producto abonar las responsabilidades que eran de su cargo en los autos que le siguió D. José Belén García sobre cobro ejecutivo de pesos, haciéndole además saber que nombrara perito que procediera á la tasación de la finca:

Resultando que constituido el alguacil en la referida casa de la propiedad, según se dice, de D. José Zabarte, presente en ella D. Diego Jiménez manifestó ser el inquilino de la casa, como lo comprobaba el recibo que exhibió de los alquileres que satisfacía á D. Joaquín Dobarganes, como apoderado de D. José de Zabarte y Zuzarte; requerido éste en tal concepto para el nombramiento de perito para la tasación de la casa, contestó que no podía verificarlo porque en el juicio de que traía origen la responsabilidad que se trataba de hacer efectiva era apoderado el Procurador D. Tirso Llaguno:

Resultando que en 27 de Junio de 1878 entabló D. José de Zabarte y Zuzarte demanda de tercería de dominio de la casa calle de la Salud, núm. 113, embargada en el juicio ejecutivo que D. José Belén García seguía con D. José Zabarte para pago de pesos, alegando que había adquirido dicha casa por título de compra de D. Jacinto Cid: que no había trasferido su propiedad á persona alguna ni celebrado contrato de ninguna clase con el ejecutante García, habiéndola únicamente afecta-

do en hipoteca á favor de D. José García Gallo; y citando como fundamentos de derecho las leyes de Partida que tratan de la propiedad ó dominio de las cosas y el principio de que el error sobre las causas principales y legales de un contrato ó sobre la calidad y aptitud de los contratantes anulaba el contrato en que mediasen tales errores, y que por consiguiente cuantas obligaciones aparecieran contraídas en el presente caso á favor de D. José Belén García ó de cualquiera otra persona que no fuera el único acreedor hipotecario á D. José García Gallo con relación á la casa de que se trataba eran notoriamente nulas, pidió que se suspendiera el remate de la casa, y que en definitiva se determinase la nulidad del derecho respecto del título con que hubiera embargado y pretendido embargar aquella finca D. José Belén García, con las costas á su cargo:

Resultando que D. José Belén García contestó á la demanda con presentación de la escritura de 1870, alegando que el juicio ejecutivo se había seguido también contra D. José Zabarte y Zuzarte, que habitaba la misma casa de que se trataba, y que si el Zabarte y Zuzarte de hoy no era el mismo de antes, no se comprendía cómo en el largo espacio de tres años que duró el juicio de desahucio que estableció el demandado de la citada casa no dedujo la tercería que había intentado: que tanto la escritura presentada por el demandante, como la de venta con pacto de retro acompañada con aquel escrito, justificaban sobradamente que la casa en cuestión era propiedad del ejecutado: que las manifestaciones hechas por el tercerista acerca de errores cometidos en el contrato no tenían valor alguno, á menos que en la correspondiente demanda de nulidad se probase la de la escritura que había presentado: que no existía ley alguna que autorizase á los ejecutados para convertirse en terceristas; y que el título presentado por éste, en virtud del cual fundaba su demanda de tercería, no probaba más sino que la casa embargada era de su propiedad, lo cual era conocido ya de todos y en ese concepto le fué embargada; terminando en su virtud con la pretensión de que se declarase sin lugar la demanda, con las costas á cargo del demandante:

Resultando que conferido traslado al ejecutado, pidió el demandante que se entendiera con D. Angel Zabarte y Zuzarte, único que en el intestado de D. José Zabarte y García había optado por aceptar la herencia á beneficio inventario, toda vez que aun cuando él era también hijo de D. José Zabarte, teniendo en estos autos el carácter de tercer opositor no le comprendía el de ejecutado, y además tampoco había aceptado la herencia:

Resultando que emplazado D. Angel Zabarte, solicitó que se le tuviera por separado de toda intervención en el pleito, porque siendo justa la demanda de tercería nada tenía que oponer á ella; y emplazada también Doña Mercedes Zabarte, única que restaba de los tres hijos que dejó D. José, se apartó también de toda intervención en el pleito:

Resultando que el demandante D. José Zabarte y Zuzarte reprodujo los fundamentos de su demanda, adicionando que si una escritura pública acreditaba que la casa era de su propiedad, habiéndola adquirido por título oneroso, no podía otro que no fuera su único y legítimo dueño contraer obligación alguna subsistente y eficaz, como lo pretendía hacer valer D. José Belén García:

Resultando que el demandado rectificó en el escrito de dúplica los hechos y fundamentos de derecho, en el concepto de que la casa calle

de la Salud, núm. 113, fué hipotecada primero á D. José Joaquín Barrena y vendida después á D. José Belén García por D. José de Zabarte y Zuzarte: que como se desprendía de ciertas manifestaciones del actor D. José de Zabarte y Zuzarte, vendedor de la casa, no era tal Zuzarte, sino García: que D. José Zabarte y García era el padre de D. José de Zabarte y Zuzarte, actor en este juicio: que aceptando el hecho de que la casa en cuestión fué comprada por D. José de Zabarte y Zuzarte con su propio peculio, éste tuvo necesariamente que ser de los profecticios, y como consecuencia natural y legítima de la patria potestad, pudo D. José de Zabarte y García disponer libremente de ella: que aun suponiendo que la casa hubiera pertenecido al peculio adventicio del mismo D. José de Zabarte y Zuzarte, no tendría éste acción para dirigirse contra ella hásta después de haberse dirigido contra la masa de los bienes hereditarios y resultado insuficiente para cubrir dicha responsabilidad; y que por último D. José de Zabarte y Zuzarte había gestionado en pleitos pendientes al fallecimiento de su padre con el carácter de heredero de éste, y por consiguiente carecía por completo de acción para dirigirse contra la casa en cuestión aun en el supuesto de haber pertenecido á su peculio adventicio:

Resultando que recibido el pleito á prueba, declararon tres testigos que D. José Zabarte obtuvo un premio de 25.000 pesos en el sorteo de la lotería celebrado en 26 de Octubre de 1867, con parte de cuyo dinero compró la casa de la calle de la Salud, num. 113: que D. Joaquín Dobarganes declaró que fué apoderado general y entendía en todos los asuntos de D. José Zabarte padre, constándole que éste fué el que compró la casa con su propio dinero, habiéndole dicho al testigo que había mandado otorgar la escritura á favor de su hijo porque tenía algunas deudas y no quería comprometer la finca, habiendo obligado á aquél á conferir poder general al declarante, como lo verificó: que D. José Zabarte hijo no tenía peculio alguno en esa fecha, ni trató con el vendedor respecto á la compra, ni volvió á intervenir más en la finca, de la cual disponía libremente D. José Zabarte padre, habiendo fabricado con su dinero unos cuartos altos en el interior de ella: que Don José Zabarte hijo sabía perfectamente que la repetida casa era de su padre; y que se le seguía un juicio de desahucio y otro ejecutivo, habiendo presenciado diversas citaciones sin protesta alguna: que no tenía resentimiento alguno con D. José de Zabarte y Zuzarte, el cual no disfrutaba más que un pequeño sueldo de Alférez de Milicias; y que nunca había oído que le tocara la lotería:

Resultando que cotejadas las firmas que con el nombre de José Zabarte autorizaban las escrituras de 20 de Mayo de 1869 y de 1870 con las indubitadas de D. José Zabarte y Zuzarte, dijeron que á la vez que aquéllas aparecían hechas por una misma mano no tenían con las de éste ni parecido siquiera:

Resultando que practicado un nuevo reconocimiento para mejor proveer por los mismos peritos de la firma indubitable de D. José Zabarte y García con la que autorizaban las escrituras de compra, hipoteca y venta de la casa, declararon que la firma que en la escritura de compra á D. Jacinto Cid decía José Zabarte y Zuzarte no era igual ni se parecía á la indubitada de José Zabarte, padre, y que ésta era igual á las que autorizaban las escrituras de hipoteca y de venta hecha á D. José Belén Garía:

Resultando que sustauciado el juicio en dos instancias, la Sala de lo

civil de la Audiencia de la Habana dictó en 8 de Noviembre de 1882 sentencia confirmatoria con las costas, declarando sin lugar la demanda y válido y firme el título en virtud del cual D. José Belén García había ejecutado la casa núm. 113 de la calle Real de la Salud como propiedad de D. José Zabarte, su padre, reservando á D. José Zabarte su derecho contra los demás bienes de aquél ó contra quien hubiere lugar:

Resultando que D. José Zabarte y Zuzarte interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1° La ley 27, tít. 2° de la Partida 3ª, porque el fallo recurrido contenía disposiciones contradictorias entre sí, toda vez que había desestimado la tercería de dominio respecto de la exclusión de la casa número 113 de la Calle Real de la Salud, embargada en los autos ejecutivos como bienes afectos para la responsabilidad contraída por D. José Zabarte y García á favor de D. José Belén García, y había declarado al propio tiempo implícitamente que la propiedad y dominio de esa casa pertenecía al recurrente, ó sea al hijo del ejecutado, cuando había reservado á ese mismo hijo su derecho contra los demás bienes de su padre ó contra quien hubiere lugar:

2° La ley 24, tít. 13, Partida 5ª, aplicada á la sentencia que resolvía la validez de las ventas hechas por el padre de bienes adquiridos por el hijo de parte de su madre, reservando á éste su derecho contra los bienes del padre siempre que se renunciase á su herencia; ley que no era aplicable á este caso, puesto que limitándose á conceder facultad al padre para disponer de los bienes adquiridos por el hijo por parte de la madre, no puede ya hacerse extensiva á los bienes que el hijo se hubiera procurado por su industria ó que tuvieran otro origen, porque esa facultad era un privilegio y las leyes que la establecían habían de interpretarse en sentido restrictivo, y el recurrente había comprado la casa con parte de la cantidad que obtuvo con un premio de la lotería; y aun en el caso de que esta ley tuviera aplicación, establecía lo contrario de lo que la sentencia pretendía, la cual además suponía con error que la escritura de venta había sido de bienes del hijo otorgada por el padre, cuando había comparecido éste suponiendo que era él y no el padre el otorgante de la escritura:

3° La ley 6ª, tít. 17, Partida 4ª, que designa los bienes que pertenecen al peculio castrense de los hijos, siendo aquéllos los que éste adquieren por razón de la Milicia; y como según declaración de D. Joaquín Doberganes, presentado por el demandante, D. José Zabarte y Zuzarte disfrutaba el sueldo de Alférez de Milicias, era incuestionable que dedicaba parte de él á la adquisición de un billete de lotería, cuyo premio de 25.000 pesos hizo efectivo, acumuló á su peculio castrense la casa objeto de la tercería, que no podía calificarse por tanto como perteneciente á su peculio adventicio de D. José Zabarte:

4° La ley 114, tít. 18 de la Partida 3ª, que dispone que si aquel cuyo nombre fué inserito en la carta ó escritura lo negase, no debe ser ésta creída contra él, á menos que la otra pruebe que la hizo ó por su mandato fué hecha; y que si tal carta ó escritura fuese de cosa señalada, no es suficiente para probar con ella cumplidamente, porque sólo induce presunción; porque el título de propiedad de la casa en cuestión era una escritura pública otorgada ante Escribano y el número de testigos que determinaba la ley, y el supuesto dominio ó propiedad que en ella se atribuyó á D. José Zabarte y García estaba fundado en el di-

cho del que otorgó la escritura de hipoteca y venta á retro á favor de D. José Belén García, sin comprobar su adquisición por título legítimo de su anterior dueño D. Jacinto Cid, que la enajenó á D. José Zabarte y Zuzarte, ni tampoco que éste hubiera trasferido su dominio á D. José Zabarte y García, padre del tercerista:

5° La regla 12 de derecho consignada en el tít. 34 de la Partida 7ª, que dice que ninguno puede dar más derecho á otro en alguna cosa de aquello que le pertenezca en ella; y D. José Zabarte García ningún derecho tenía sobre la casa de que se trataba, y por consiguiente ninguno pudo trasmitir á D. José Belén García:

6° La ley 8ª, tít. 18 de la Partida 3ª, que ordena que las escrituras que se otorguen ante Escribano público sean creídas y valederas en todo el Reino, y que contra ellas no se admita duda alguna, porque la sentencia recurrida contiene disposiciones contradictorias, y había incurrido en error de derecho no dando á la escritura de 11 de Diciembre de 1867 la fuerza y valor legal que la ley y las reglas de la sana crítica le concedían sobre la de hipoteca y venta á retro por D. José Zabarte y García:

7° El art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina legal y jurisprudencia de este Tribunal Supremo consignada en varias de sus sentencias, y entre ellas en la de 17 de Diciembre de 1870, en que se declara que si bien la Sala sentenciadora pudo apreciar como lo hizo los dichos de los testigos presentados por la recurrente, no había podido aplicar igual criterio á la prueba de los documentos que obraban en los autos, cuyo caso era precisamente el de este pleito; pues el demandante justificó el dominio de la finca objeto de la tercería con una escritura de venta otorgada á su favor por el anterior propietario de ella, sin que contra esta escritura, que se hallaba además robustecida con las declaraciones de tres testigos, se hubiera alegado razón alguna que la destruyera; y por el contrario, D. José Belén García apoyaba sus pretensiones en una escritura de venta con pacto de retro, otorgada con falsedad por quien no resultaba dueño de ella, por cuanto ni la adquirió de D. Jacinto Cid, ni de D. José Zabarte y Zuzarte, siendo incuestionable que la sentencia había incurrido en error de derecho al hacer la apreciación de las pruebas practicadas por las partes, dando fuerza y valor á una escritura cuya falsedad resultaba plenamente probada contra otra legitimidad y no combatida, y estimando la declaración de un testigo único y singular enemigo del tercerista contra las declaraciones de tres testigos intachables y no tachados que declaraban de ciencia propia:

8° La ley 5ª, tít. 24 de la Novísima Recopilación (no dice el libro), que ordena que las escrituras públicas, ó sea las otorgadas ante Escribano, tienen preferencia sobre todos los contratos otorgados privadamente aunque se consignen en papel sellado, toda vez que la sentencia desconocía el valor y fuerza legal de la escritura de 11 de Diciembre de 1867, concediéndolos á la otorgada por D. José Zabarte, padre, con falsedad notoria, y que por consiguiente no podía considerarse siquiera ni como documento privado, habiendo incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, toda vez que las circunstancias del caso eran mucho más favorables al recurrente que las que expresaba la misma ley, porque no existía documento alguno público ni privado del cual resultase la enajenación ó compromiso de ella por parte de D. Jacinto á favor de D. José Zubarte, padre:

9º La doctrina legal y jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Noviembre de 1872, en que se consigna que se infringe la ley 5ª, tít. 24, libro 10 de la Novísima Recopilación cuando se da preferencia sobre un contrato que consta de escritura pública y solemne, y con la circunstancia de ser de fechá anterior al que no consta de ninguna clase de documento, sino en confesión hecha por las partes en un acto de conciliación, supuesto que de otra suerte las precauciones consignadas en la ley recopilada con el laudable propósito de evitar los fraudes que se ocasionarían anticipando ó retrasando fechas, se harían fácilmente ilusorias por la mala fe de las partes, toda vez que la sentencia incurría en error de derecho en la apreciación de la prueba, porque contra la escritura de 11 de Diciembre de 1867, no sólo no se había producido documento privado ni confesión en acto conciliatorio de D. Jacinto Cid para acreditar la venta de la casa de que se trataba á favor de D. José Zabarte, padre, sino que únicamente existía la escritura otorgada con falsedad notoria en nombre de Don José Zabarte y Zuzarte en 30 de Setiembre de 1870 por quien no era tal Zabarte y Zuzarte; siendo de llamar la atención del Tribunal que los contratos de ventas de bienes raíces habían de otorgarse siempre ante Escribano público, lo cual era hoy tanto más necesario para la inscripción en el Registro de la propiedad:

10. La regla 12 del derecho consignado en el tít. 34 de la Partida 7ª, según la cual ninguno puede dar á otro más derecho en una cosa que el que en ella le pertenezca; regla que se había infringido en la apreciación de la prueba, incurriendo en error de derecho, toda vez que no teniendo propiedad ni dominio D. José Zabarte, padre, sobre la casa núm. 113 de la calle Real de la Salud, se había resuelto la validez de la escritura de venta á retro otorgada por el último á favor de Don José Belén García:

11. La ley 33, tít. 5º, Partida 5ª, que autoriza al dueño de una cosa vendida por otro para reclamarla del comprador, y en este caso se hallaba D. José Zabarte y Zuzarte, cuyo derecho había sido desconocido y lastimado al no prevalecer la validez de su escritura de compra de la casa en cuestión de 11 de Diciembre de 1867 sobre la de venta con pacto de retro otorgada por D. José Zabarte, padre, á favor de D. José Belén García, incurriendo también por tanto en error de derecho al verificar la apreciación de la prueba:

12. La ley 54, tít. 50, Partida 5ª, que determina que cuando uno vende cosa ajena como propia y el comprador sabe que es ajena no adquiere el dominio, toda vez que estaba demostrado que la casa no era ni fué nunca de la propiedad de D. José Zabarte padre, comprobándose que esto no debía ignorarlo D. José Belén García, con la sola circunstancia de que habiéndola vendido con pacto de retro el primero á favor del segundo, éste no tuvo necesidad de recurrir á la vía ejecutiva para hace efectivo su crédito, bastándole haber hecho el requerimiento legal al trascurrir el plazo; pero como D. José Belén García no podía confiar en la legitimidad de su derecho de propiedad sobre dicha finca, prefirió sin duda embargarla, recurriendo á la vía ejecutiva para pago de deuda, para que otro recorriese las contingencias de la nulidad de la venta adquiriéndola en pública subasta si llegase á tener efecto:

13. La ley 14, tít. 18 de la Partida 3ª, y la doctrina legal y jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Julio de 1873, en que declara que los hechos consignados clara y precisamen-

te en escrituras públicas otorgadas con todas las solemnidades legales no pueden alterarse por medio de prueba testifical expuesta á error en muchos casos; por cuanto se contraría el precepto de la ley 14, tít. 18 de la Partida 3ª, según el que, las escrituras públicas valen para probar lo que en ellas se dijere; y que si la Sala sentenciadora al absolver de la demanda se funda en prueba testifical, en oposición á lo que dice la escritura, infringe dicha ley; pues la escritura de 11 de Diciembre de 1867 contenía todas las solemnidades legales, y sin embargo no había prevalecido en la sentencia recurrida contra el dicho de un testigo singular, enemistado con el recurrente, y contra el dicho de quien sin tener dominio alguno sobre la cosa la enajenó á favor de D. José Belén García en escritura otorgada con falsedad notoria:

14. La ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª, citada en la sentencia sin duda para apoyar la declaración hecha en su primer considerando de que D. José Zabarte y Zuzarte no había hecho la prueba plena que á él correspondía de la propiedad y dominio de la casa que vendió su padre D. José Zabarte y García con el nombre de José Zabarte y Zuzarte á D. José Belén y García, porque consideró la escritura de 11 de Diciembre de 1867 como una mera presunción; y como se había demostrado con las citas de leyes y doctrina legal consignadas en los anteriores motivos que la sentencia las había infringido en la apreciación de la prueba, era una consecuencia legítima de la infracción de la citada ley que aplicaba, pues que D. José Zabarte y Zuzarte había probado cumplidamente cuanto le incumbía para justificar el dominio de la finca que era objeto de su demanda de tercería y que no fué él quien la enajenó;

Y 15. La ley 8ª, tít. 2º, Partida 3ª, al condenar en costas á D. José Zabarte y Zuzarte, pues lejos de haber litigado con temeridad había justificado su buena fe y la justicia y derecho que le asistía para defender la propiedad que tenía sobre la finca en cuestión, plenamente probada por la escritura de 11 de Diciembre de 1867:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José Balbino Maestre:

Considerando que la Sala sentenciadora, apreciando el valor comparativo de las escrituras públicas que figuran en autos y las demás pruebas textificales, periciales y de confesión, ha consignado su convencimiento confirmatorio del de primera instancia, de que la casa en cuestión se compró por el ejecutado Zubarte y García, si bien puso la escritura á nombre de su hijo con un fin determinado, hipotecándola no obstante después, vendiéndola á retro y ofreciéndola al embargo únicamente como de su propiedad sin la menor oposición del hijo, hoy tercerista, Zabarte y Zuzarte; apreciación de pruebas que constituye el punto capital y decisivo del juicio y contra la cual no procede el recurso de casación, ni son aplicables por lo tanto las leyes y motivos que se invocan por el recurrente, porque casi en su totalidad se fundan en un criterio diverso del establecido por la Sala en uso de sus exclusivas facultades, sin que en esa apreciación se haya cometido error alguno de derecho ni extralimitación contraria al texto del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que no invalida ni contradice esa apreciación principal de la Sala la imposición que aunque sin necesidad ha hecho de que el hijo fuese el comprador de la casa, y que el padre en ese caso la habría enajenado con derecho, pero con ciertas reservas, por pertenecer al peculio adventicio de aquél; porque planteada la cuestión bajo este

punto de vista, lo mismo que bajo el de que el padre fuese el comprador, daría siempre el resultado de que las escrituras de 1869 y 1870 prevalecerían sobre la de 1867, desapareciendo en uno y otro caso el título en que funda la tercería de dominio desestimada por la sentencia, y porque aun cuando este segundo aspecto de la cuestión no fué aceptable nunca podría destruir por su carácter meramente hipotético la eficacia de la primordial y decisiva apreciación de los hechos y su natural consecuencia jurídica de no haber lugar á la demanda, resolución cardinal del fallo y objeto único y exclusivo del recurso su anulación, toda vez que la reserva de derechos que en segundo término contiene, cualquiera que sea su procedencia y alcance, no ha sido materia directa de aquél;

Fallamos que debemos declarar y delaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Zabarte y Zuzarte, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 2.500 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de la Habana la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 27 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Enero de 1884.)

379

Recurso de casación en asunto de Ultramar (28 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Tercería de dominio.—Ha lugar á los interpuestos por Doña W. Them y D. Ceferino Lorena con las Sociedades *Saralegui y Compañía* y otras (Audiencia de la Habana), y se resuelve:

1° *Que lo convenido entre las partes es ley para las mismas cuando no se opone á la moral ni á las leyes:*

2° *Que reconocida por los cargadores la legitimidad en cuanto á ellos del préstamo á la gruesa, debe surtir este contrato sus naturales consecuencias, la primera de las cuales es obligar el cargamento á la seguridad del pago de la cantidad recibida á préstamo; y por lo tanto los dueños de aquél carecen de acción para entablar la tercería de dominio, puesto que los bienes á que se refieren vienen obligados al pago de la cantidad reclamada en el pleito ejecutivo;*

Y 3° *Que la sentencia que estima dicha tercería y manda alzar los embargos de las mercaderías, infringe lo convenido entre las partes.*

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar de la ciudad de la Habana y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por las Sociedades *Saralegui* y *Compañía*, *J. Iglesias* y *Compañía*, *L. Gutiérrez* y *Compañía*, *Mendigusén* y *Sobrino*, *Pages* y *Compañía*, *Fernando Rodríguez* y *Compañía*, *Viuda de Martínez é Hija*, *Maneri* y *Compañía*, *Jorge Ferrán* y *Compañía*, *Morisón Hermanos*, *Falk Rohlsén* y *Compañía* y D. Gabriel Almenabas con D. Luis Hoffman, y por el fallecimiento de éste con su cesionaria Doña Catalina W. Them y con D. Ceferino Lorena sobre tercería de dominio:

Resultando que en póliza fechada en Cork, Irlanda, en 5 de Julio

de 1873, y autorizada por Notario público y por el Vicecónsul de España, declaró D. Ceferino Lorena, Capitán de la barca española *Manuel*, de la matrícula de la Habana, que era deudor de Christián Luding por la suma penal de 8.000 libras esterlinas, que se pagarían á dicho señor ó á su orden, y á cuyo pago quedaban afectos al méncionado buque, sus aparejos y mueblaje y su carga, expresando que habiendo tenido que arribar forzosamente á aquel puerto por las averías sufridas en su viaje de Liverpool á la Habana, contrajo varias deudas que le obligaron á otorgar el contrato de préstamo á la gruesa por la cantidad de 4.210 libras esterlinas, 3 chelines y 10 peniques por importe de capital y premio, y que á continuación de este documento aparece el endoso de la cantidad referida á la orden D. Manuel Ondarza, fechado en Altona á 22 de Julio del mismo año, y un segundo endoso á la orden de D. Luis Hoffman, fechado en la Habana en 24 de Enero de 1874:

Resultando que D. Ceferino Lorena promovió el expediente de liquidación de las averías sufridas por dicha barca, en el que, hecha la declaración de haber cesado la jurisdicción voluntaria y haber correspondido el conocimiento del pleito al Juzgado del distrito del Cerro, comparecieron el citado D. Ceferino Lorena, D. Manuel Ondarza, consignatario del buque y apoderado de su hermano D. Ulpiano, dueño del mismo, la Sociedad *Arroyo, Sobrino y Compañía* en liquidación y demás cargadores de la barca, y expusieron en escrito de 20 de Marzo de 1876 que con el propósito de poner término al dilatado y dispandioso juicio de liquidación, habían acordado nombrar á D. Felipe Núñez y á D. Manuel Rodríguez peritos comerciales para que procedieran á la clasificación, liquidación y partición de las averías de que se trataba, para cuya resolución habían tenido en cuenta el convenio suscrito por todos los cargadores, excepción hecha de Arroyo, Sobrino y Comñía, la liquidación que practicaron D. Federico Erdman y D. José Arcocha, que había sido anulada judicialmente, los documentos relativos á dicha liquidación, y con especialidad los comprobantes que encabezaban la demanda ordinaria entablada contra Arroyo y Compañía para que reconocieran en debida forma la avería y aceptasen sus consecuencias; y entre las bases que marcaron á los peritos, lo fué la de que decidirían si bastaba una rectificación ó era preciso hacer una nueva liquidación, en cuyo caso procederían con arreglo á su leal saber y entender, sujetándose á las bases allí establecidas referentes á la apreciación que del buque, flete y cargamento habían de hacer; en la segunda de las cuales se dice que los premios de gruesa, intereses legales y demás las apreciarían con la inteligencia que sus conocimientos y prática les dictasen; pero respetando el contrato á la gruesa celebrado por el Capitán en 5 de Julio de 1873 en todas sus partes menos en lo relativo á los fondos que del cargamento tenían en su poder, y de los que debió hacer uso con preferencia á tomarlos á la gruesa de otras personas:

Resultando que por auto de 2 de Mayo, en atención á no haberse presentado oposición dentro del plazo que se había marcado por los interesados que suscribieron aquel escrito, ni por los demás á quienes se les hizo saber, se aprobó el referido convenio, condenando á todos los interesados á estar y pasar en todo tiempo por su contenido:

Resultando que en virtud de demanda ejecutiva que dedujo D. Luis Hoffman, fundada en la póliza del préstamo á la gruesa, se mandó des-

pachar mandamiento de ejecución por auto de 9 de Noviembre de 1877 contra los bienes de D. Ceferino Lorena, como Capitán de la barca *Manuel*, por la suma importe del préstamo, premio de gruesa é intereses pactados, ascendente todo á la cantidad de 29.366 pesos, 60 centavos ó sean 5.605 libras esterlinas, 3 chelines y 10 peniques, mas los intereses que siguiera devengando el principal hasta su completo pago y costas, ordenando además que se practicase el embargo en su defecto en las mercancías dadas en garantía, haciéndole saber á los cargadores para que retuvieran en su poder los efectos gravados ó su importe á disposición del Juzgado; y habiendo tratado de personarse en dichos autos ejecutivos la Sociedad Saralegui y Compañía y otras, declaró el Juzgado que no había lugar á admitirlas porque en los juicios ejecutivos no pueden ser parte más que el ejecutante y el ejecutado, y le reservó su derecho para que pudieran hacerlo valer en el modo y forma que creyeran procedente:

Resultando que en 12 de Marzo de 1878 la Sociedad de Saralegui y Compañía, J. Iglesias y Compañía en liquidación, L. Gutiérrez y Compañía, Mendiguren y Sobrino, Pages y Compañía y Fernando Rodríguez y Compañía, dedujeron la demanda que ha motivado este pleito, con la solicitud de que con suspensión del procedimiento de apremio, se declarara que las mercancías conducidas por la barca española *Manuel*, que fueron entregadas á sus comitentes, así como su importe por haber sido enajenadas, les perteneciese en plena y absoluta propiedad, y se mandase alzar las retenciones que con referencia á ellas ó á su importe les habían sido hechas, dejándolas á su libre disposición; á cuyo efecto alegaron que la tercería se refería á las mercancías de que fueron cargadoras las Sociedades demandantes, y en su defecto á su importe por haberlas enajenado una vez que les fueron entregadas por el Capitán; que dichas mercancías, así como su producto, eran de su propiedad, y los documentos que así lo acreditaban se hallaban en el juicio de liquidación de averías que se estaba siguiendo; que á las resultas de ese juicio, que era anterior al ejecutivo promovido por Hoffman, se encontraban afectas las mercancías y su valor por las responsabilidades que pudieran caber á los cargadores por razón de averías y del contrato del préstamo á la gruesa celebrado por el Capitán Lorena; que dichas mercancías nunca fueron propiedad del Capitán, ni las Sociedades demandantes le dieron autorización para obligarlas ni para tomar dinero á la gruesa sobre las mismas; que D. Luis Hoffman no había promovido juicio ejecutivo ni de ninguna otra clase contra los actores, ni se había despachado contra ellos mandamiento de ejecución, sino que por el contrario se había declarado en el juicio seguido por Hoffman que no era parte en él; que el Capitán Lorena había vendido con el correspondiente permiso en el puerto de arribada una parte del cargamento; que es principio general de derecho universal y mercantil que sólo los legítimos dueños de las cosas ó las personas debidamente autorizadas por aquéllos, pueden válidamente enajenarlas ó tomar dinero sobre ellas; é invocando por último el precepto de los artículos 671, 644 y 953 del Código de Comercio, y la sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1870, que consigna el principio de que no podrá tomar á la gruesa el Capitán sino por las tres cuartas partes del valor del casco, quilla y aparejos:

Resultando que D. Luis Hoffman se opuso á la demanda diciendo, después de hacer relación de la causa de la arribada forzosa, que en-

contrándose en el puerto de Cork sin fondos propios, ni del naviero, ni de los cargadores, con que reparar las averías, y ante la necesidad urgente de atender á la conservación de las mercancías, solicitó y obtuvo del Vicecónsul de España la autorización para contraer la obligación á la gruesa por la suma de 4.000 libras sobre el casco, quilla, armamento y vituallas del buque y mercaderías cargadas; que anunciado el préstamo en los periódicos de Cork y de otros puntos del Reino Unido, realizó el préstamo, obligándose á su pago dentro de los 10 días siguientes á la llegada del buque al puerto de la Habana, y antes de abrir sus escotillas, hipotecando á la seguridad del pago el buque y las mercancías conjunta y separadamente; que habiendo atendido con el importe del préstamo á la conservación de las mercancías y reparación de la barca, resuelta la condición del préstamo y llegado el día del pago sin que se verificase, procedió el Capitán, de acuerdo con los cargadores y el naviero y sin conocimiento ni consentimiento del prestamista, á abrir las escotillas; que los cargadores al recibir las mercancías salvadas se obligaron por documento privado á respetar el contrato á la gruesa ratificando la hipoteca de los efectos y el de su importe en caso de venta; que habiendo resultado inútiles las gestiones practicadas para conseguir el cobro de las 4.000 libras, dedujo la demanda ejecutiva contra el Capitán, habiéndose embargado á su instancia las mercancías afectas al pago, y en su defecto su importe, en virtud de no haberse satisfecho el préstamo ó intereses vencidos; que los terceristas se proponían sujetar el pago de la deuda al resultado de la liquidación de averías, siendo así que no se había estipulado en esta forma en el contrato; que dudaban los terceristas de la eficacia de la obligación fundándose en que el Capitán carecía de facultades para hipotecar las mercancías cargadas, duda que no podía admitirse por cuanto la eficacia de la hipoteca la tenían reconocida los cargadores por su contrato privado, y además por el hecho que ellos mismos alegaban de tenerlas afectas al juicio de liquidación; que los contratos de préstamos á la gruesa pueden celebrarse hipotecando conjunta y separadamente el buque y accesorios y las mercancías cargadas, pudiendo tomar sobre éstas todo el valor que tengan en el puerto donde empezaron á correr el riesgo; que en el otorgamiento del contrato se habían observado todos los requisitos y solemnidades legales, y que reconocida como tenían los terceristas la eficacia del contrato á la gruesa y de la hipoteca, y una vez obligado expresamente á respetarlo, debían cumplirlo:

Resultando que el Capitán D. Ceferino Lorena se opuso también á la demanda solicitando se declarara que las mercancías embargadas estaban afectas al préstamo á la gruesa contratado en Cork, y se condenara á los demandantes á perpetuo silencio y pago de costas, fundado en los mismos hechos y consideraciones legales invocados por el ejecutante Hoffman:

Resultando que después de conferido á las Sociedades demandantes el traslado para réplica, dedujeron iguales demandas de tercería que fueron acumuladas á la primera la Sociedad Viuda de Martínez é Hija, D. Gabriel Armenabas, Mauri y Compañía, Jorge Ferrán y Compañía, Morison Hermanos y Falk Rohlsen y Compañía, á las que contestaron D. Luis Hoffman y D. Ceferino Lorena en la misma forma que aquélla; y evacuado por los terceristas el trámite de réplica, ocurrió el fallecimiento de Hoffman, y se personó como cesionaria de sus derechos Doña Catalina W. Them:

Resultando que tanto ésta como D. Ceferino Lorena reprodujeron en sus respectivos escritos de dúplica lo alegado en los de contestación, y recibidos los autos á prueba se suministraron por las partes diferentes justificaciones, entre las que figura una justificación que se trajo á instancia de Lorena, de lo que resulta que el convenio de 20 de Marzo de 1876 fué ratificado por las Sociedades terceristas Fernando Rodríguez y Compañía, Saralegui y Compañía, Viuda de Martínez é Hija, Pagés y Compañía, Mendiguren y Sobrino, J. Iglesias y Compañía, L. Gutiérrez y Compañía y Gabriel Armenabas, y lo aceptaron en el acto de notificárseles las otras Sociedades Morisón Hermanos, Mauri y Compañía, Jorge Ferrán y Falk Rohlsen y Compañía:

Resultando que después de haber alegado las partes en vista de las pruebas, se trajo á los autos á instancia de Doña Catalina W. Them una certificación de las cantidades satisfechas por varios cargadores al ejecutante como tenedor de la póliza del contrato de préstamo, que asciende á 11.851 pesos 14 centavos, en la que consta que dichos cargadores protestaron del pago, y sustanciado el pleito por los demás trámites legales, y en dos instancias, dictó sentencia revocatoria la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana en 31 de Enero de 1882, declarando con lugar la demanda de tercería de dominio, y en su consecuencia que las mercancías conducidas al puerto por la barca española *Manuel*, que fueron embargadas á los demandantes, así como el valor de las mismas les pertenecían en propiedad, y mandando alzar el embargo ó retención de dichas mercancías ó su valor, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que Doña Catalina W. Them interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, citando en su apoyo como infringidos:

1º El art. 817 del Código de Comercio, según el cual los préstamos á la gruesa pueden constituirse conjunta ó separadamente sobre el casco y quilla del buque, las velas, aparejos, armamentos y vituallas y sobre las mercaderías cargadas, por cuanto por este artículo quedan las mercaderías hipotecadas á la seguridad del préstamo, y en aptitud el prestamista de perseguirlas haciendo uso de su acción, á pesar de lo cual la sentencia recurrida manda hacer entrega de las mismas á los demandantes:

2º El art. 818 del mismo Código, en cuyo párrafo segundo se dispone que constituído el préstamo á la gruesa sobre la carga en general quedan hipotecadas todas las mercancías y efectos que la componen, toda vez que la sentencia mandó entregar las mercancías á los demandantes á quienes iban consignadas, sin reconocer el derecho del prestamista de hacerse pago de la suma que prestó con la cosa hipotecada:

3º El art. 826 del mismo Código, según el cual el Capitán fuera de la plaza donde reside el naviero, ó el consignatario del buque usará, si necesitara tomar préstamo á la gruesa, de la facultad que el mismo Código le concede, probando la urgencia y con previa autorización judicial ó consular en su caso, en el hecho de desconocer el fallo recurrido la obligación en que están los cargadores de pasar por el préstamo á la gruesa realizado por el Capitán de la barca con autorización del Cónsul, y cuya urgencia se había probado:

4º El art. 978, cuyo párrafo segundo concede al que haya anticipado fondos para salvar los efectos averiados el derecho á reintegrarse con el producto de los mismos con preferencia á los demás acreedores de cualquier clase que sean sus créditos, puesto que el fallo priva á la

recurrente del derecho de reintegrarse de la suma dada en préstamo con el producto de los efectos mandados entregar á los titulados dueños:

5° La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la cual pareciendo que alguno quiso obligarse á otro por promisión ó por algún contrato ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello á que se obligó; porque habiéndose obligado los terceristas por el convenio de 20 de Marzo de 1876, aprobado por el auto de 29 de Mayo del mismo año, á respetar en todas sus partes el contrato á la gruesa celebrado por el Capitán en 5 de Julio de 1876, contraría la tercería á la obligación que ellos mismos contrajeron:

6° Las sentencias de 29 de Marzo de 1865 y 30 de Mayo de 1864, según las que lo convenido entre partes es la ley del contrato, en el hecho de haberse obligado los demandantes por el convenio de 20 de Marzo á respetar el contrato de préstamo á la gruesa, contra el cual establecieron después la demanda de tercería:

7° Las sentencias de este Supremo Tribunal de 25 de Octubre y 26 de Noviembre de 1873, que dicen que los contratos deben reputarse válidos mientras no se solicite previamente y se declare su nulidad, toda vez que la sentencia recurrida se opone al contrato de préstamo á la gruesa, por el que quedaron hipotecadas las mercancías, que es perfectamente válido por no haber sido declarada préviamente su nulidad:

8° La sentencia de 28 de Marzo de 1863, que determina que es contrario á la jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal la sentencia que por inexacto fundamento viola lo estipulado en el contrato, toda vez que la sentencia de que se recurre viola lo estipulado entre las partes en el convenio de 20 de Marzo de 1876:

9° El art. 950 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que hipotecadas las mercancías por el contrato de préstamo á la gruesa podía proceder el prestamista, ó quien tuviese sus derechos, legalmente, como lo hizo, contra los bienes dados en prenda:

10. El art. 282 de la ley de Enjuiciamiento civil, que concede á los documentos otorgados en otras naciones igual fuerza que los que lo sean en España, si reunen las condiciones exigidas en aquéllas y las que además requieran las leyes españolas para su autenticidad, por cuanto el contrato de préstamo á la gruesa reune las condiciones exigidas en el punto donde se otorgó, y además las que para esta clase de documentos se requieren en España por el Real decreto de 17 de Octubre de 1851:

11. Las sentencias de 19 de Mayo de 1863 y 4 de Diciembre de 1865, según las cuales no puede recaer sentencia definitiva sobre otros puntos que sobre los que se discutieron y probaron, puesto que no se ha reclamado en forma por los terceristas la nulidad del contrato:

12. La sentencia de 9 de Junio de 1876, según la cual uno de los principios más fundamentales de derecho procesal es el de que no probando el demandante los hechos en que apoya su demanda, debe ser absuelto el demandado; pues no habiendo probado los terceristas el fundamento de su demanda que es la nulidad del gravamen que afectan á las mercancías cuyo dominio reclaman por no estar dicha nulidad declarada por ejecutoria, debía ser absuelto el demandado:

13. La sentencia de 29 de Noviembre de 1861, según la cual infringe las leyes 2ª y 15, tít. 22, Partida 3ª la sentencia que remite á otro juicio la resolución de lo que ha sido objeto principal del pleito:

14. La sentencia de 4 de Abril de 1870, que dice que el actor debe probar su acción, y no probándola ha de ser absuelto el demandado; porque los terceristas no han probado la nulidad de la hipoteca de las mercancías que era la acción que les incumbía probar como base fundamental de su demanda:

15. Las sentencias de este Supremo Tribunal de 9 de Enero de 1866 y 19 de Enero de 1870, por las que se dispone que el que deduce una tercería de dominio en un juicio ejecutivo tiene el deber de acreditar cumplidamente su derecho á los bienes que reclama; puesto que los terceristas no han probado su dominio en las mercancías, habiendo justificado solamente que iban á su consignación, lo cual no es lo mismo puesto que podian ser sólo consignatarios, teniendo el Capitán en todo caso el derecho que le concede el art. 964 del Código de Comercio para poder deferir la entrega de los efectos salvados hasta haberse pagado de la contribución si el interesado al recibirlos no daba fianza de su valor:

16. Las sentencias dictadas por este Supremo Tribunal en 30 de (no dice el mes) de 1860 y 4 de Marzó de 1865, que disponen que el que admite y reconoce un contrato queda obligado á su cumplimiento sin que pueda excusarse de ninguna de las contradicciones del mismo en impugnar eficazmente su validez, por cuanto la sentencia exime á los demandantes del cumplimiento del contrato de préstamo á la gruesa que admitieron y reconocieron por el convenio de que se ha hecho mérito:

17. El art. 277 del Código de Comercio, según el cual no hallándose en el puerto el cargador ni persona que le represente se reconocerán los géneros por peritos nombrados por el Juez ó Agente consular en su caso, los cuales declararán la clase de daños que hubiesen encontrado en los efectos reconocidos, los medios de repararlos ó de evitar al menos su aumento, y si podrá ser ó no conveniente su reembarque y conducción al puerto de su consignación, en cuyo mismo artículo se añade que en vista de la declaración de los peritos proveerá el Juez ó Agente consular lo que estime más útil á los intereses del cargador, poniendo el Capitán en ejecución lo decretado y quedando responsable de cualquier infracción ó abuso que cometa, puesto que hecho el reconocimiento en la forma indicada y practicado por el Capitán lo que el Agente consular le ordenó, era válido el contrato y la hipoteca de las mercancías, y al no estimarlo así la sentencia recurrida, resultan perjudicados los intereses de la recurrente, de nacionalidad extranjera, que contrató con el Capitán de un barco español que cumplió á su vez lo ordenado por el Cónsul, facilitando fondos en virtud del llamamiento del representante de España:

18. La máxima de derecho confirmada por la sentencia de este Supremo Tribunal de 16 de Noviembre de 1859, de que no probando el actor debe ser absuelto el reo, toda vez que los demandantes no han probado el dominio que dicen tener sobre las mercancías embargadas:

19. La ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1864, 29 de Mayo de 1865 y otras, según las que lo convenido es ley entre las partes, así como la de 31 de Diciembre de 1857 y 19 de Abril de 1859, que confirman también la misma doctrina respecto á lo convenido al establecer que es nula la sentencia que por inexacto fundamento viola lo estipulado, y la de 28 de Mayo de 1864, que establece como jurisprudencia,

en unión de otras varias, que nadie puede ir contra actos propios solemnemente reconocidos; y el art. 966 del Código de Comercio, que establece que tratándose de la responsabilidad, liquidación y pago de las averías, las partes pueden hacer los convenios especiales que estimen convenientes, por cuanto todos los cargadores de la barca *Manuel*, así como el dueño de ella, se comprometieron en el art. 2° del convenio que celebraron en 20 de Marzo de 1876 para la liquidación de la avería, á respetar el préstamo á la gruesa celebrado por el Capitán en 5 de Julio de 1873 en todas sus partes menos en lo relativo á los frutos de cargamento que tenía en su poder dicho Capitán:

20. La regla 10, tít. 34, Partida 7ª, que establece que el que ha por firme lo hecho en su nombre, es lo mismo que si lo hubiere mandado hacer de primero, y las sentencias de casación de 21 de Setiembre de 1859 y 20 de Abril, 26 de Mayo de 1866 y 18 de Noviembre y 3 de Octubre de 1868, que de acuerdo con aquel principio dicen que el que admite y reconoce un contrato queda obligado á su cumplimiento, por cuanto aun en el negado supuesto de que el Capitán de la barca se hubiera excedido de las facultades que le concede el Código de Comercio al obligar el cargamento á la devolución de las cantidades tomadas á la gruesa, este contrato había sido ratificado por los cargadores en el convenio de 20 de Marzo de 1876:

21. Los artículos 817 y 818 del Código de Comercio que permiten se constituya el préstamo á la gruesa sobre las mercaderías cargadas, en cuyo caso quedan todas hipotecadas; el 950 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, vigente en Ultramar, que concede al actor en el juicio ejecutivo el derecho de proceder en primer lugar contra los bienes dados en prenda ó hipotecas, y el art. 964 del Código mercantil que permite que el Capitán pueda diferir la entrega de los efectos salvados en caso de avería hasta haberse pagado la contribución, porque manda la sentencia alzar los embargos y retenciones, fundándose en que son de la propiedad de los actores dichos bienes, desconociendo el gravamen que sobre ellos pesaba:

22. Los artículos 977. 978, 826 y 644 del mismo Código de Comercio y el principio de derecho de que aquel á quien se le permite lo más, también le es permitido lo menos, toda vez que si al Capitán se le concede por dichos artículos hasta la facultad de vender parte del cargamento con objeto de pertrechar y reparar la nave, con mucha más razón debe entenderse concedida la de tomar un préstamo á la gruesa con el mismo objeto, y mucho más si acontece, como en el caso presente, que el préstamo se hizo no sólo en utilidad de la nave, sino muy principalmente del cargamento:

23. La regla 13, tít 34, Partida 7ª, que prohibe que nadie se enriquezca torticeramente en daño de otro, la regla 29 del mismo título y Partida, según la que conforme al derecho natural, aquél debe sentir el embargo de la cosa que há el pro de ella; y los artículos 247 y 248 del Código de Comercio, según los que los contratos se han de cumplir de buena fe y según la voluntad de los contratantes manifestada por los antecedentes y consiguientes, en el concepto de que aun cuando no hubiese como hay una razón de estricto derecho para respetar el préstamo á la gruesa, éste debería ser respetado por la buena fe comercial, por el beneficio que reportaron los cargadores y por el enriquecimiento injusto que obtendrían en daño de quien tuvo confianza en las leyes españolas y en la intervención del Agente consular en Cork:

24. El art. 882 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil que da valor á los documentos otorgados en otras naciones, en el hecho de no respetar el préstamo á la gruesa, otorgado en 5 de Julio de 1873:

25. El principio consignado en las sentencias de este Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1867, 17 de Diciembre de 1873, 6 de Febrero de 1874 y 25 de Octubre y 25 de Noviembre de 1873, según el cual cuando la acción se funda en la nulidad de un acto ó de una obligación es preciso obtener antes la declaración de dicha nulidad; por cuya razón no ha podido estimarse la acción de tercería ni mandarse levantar los embargos y retenciones sin declarar primero la nulidad del préstamo á la gruesa que no se ha pedido:

26. La ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª, según la cual no probando el actor su demanda debe ser absuelto el demandado, confirmada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencias de 9 de Junio de 1876, 4 de Abril de 1870 y 16 de Noviembre de 1859, y aplicada á las tercerías de dominio por las de 9 de Enero de 1866 y 19 del mismo mes de 1870, por cuanto los actores no han probado en la nulidad del contrato de préstamo á la gruesa, ni aun siquiera la propiedad de las mercaderías ó de su valor;

Y 27. Las leyes 2ª y 15, tít. 22, Partida 3ª, aplicada en la sentencia de 29 de Noviembre de 1881, según las cuales se infringe el principio de que la sentencia debe poner fin al pleito y no remitir á los litigantes á otro juicio, en el concepto de que supone la Sala sentenciadora que á pesar de su sentencia puede discutirse la validez y eficacia del préstamo á la gruesa, y respetarse en el juicio para la liquidación de la avería, sin tener en cuenta por otra parte que siendo el préstamo á la gruesa una de las cantidades que han de liquidarse como avería, no puede concurrir á la liquidación sino para que los liquidadores paguen su importe:

Resultando que el ejecutado D. Ceferino Lorena interpuso igual recurso de casación en el fondo, por considerar infringidos:

1° El art. 959 de la ley de Enjuiciamiento civil, que autoriza á los ejecutantes para proceder con preferencia á cualesquiera otros bienes contra los que estuvieren expresamente hipotecados, en el hecho de decretar la sentencia el alzamiento del embargo, siendo así que se había decretado por virtud de ejecución despachada á favor del prestamista á la gruesa, y en méritos del contrato otorgado en Cork y llevado á efecto sobre las mercancías expresamente hipotecadas:

2° El art. 812 del Código de Comercio, que otorga caracter ejecutivo á los contratos de préstamo á la gruesa que consten por escritura pública, carácter que tiene la póliza otorgada ante Notario y con las formalidades legales en Cork, y que le quita la sentencia recurrida al decretar el alzamiento del embargo como consecuencia del mandamiento de ejecución:

3° Los artículos 817, 818 y 822 del mismo Código, que autorizan los préstamos á la gruesa sobre las mercancías cargadas sobre todo el importe de su valor, comprendiendo en la hipoteca todas las mercancías y efectos que compongan la carga en general, á cuyas disposiciones se ajustó el recurrente al celebrar el contrato de préstamo, en el hecho de decretar la sentencia el alzamiento del embargo, quedando las mercancías libres de gravamen y á disposición de sus dueños, declaración que envuelve implícitamente la nulidad del contrato:

4° El art. 684 del mismo Código, al desconocer la sentencia la facul-

tad del Capitán para gravar las mercancías, puesto que al imponer dicho artículo una doble penalidad á los que no se sujetan á las formalidades legales para empeñar ó vender mercancías ó provisiones, les reconoce expresamente dicha facultad:

5° El art. 978 del Código de Comercio en su primer párrafo, que autoriza la venta judicial y en pública subasta de los efectos averiados que sea necesario enajenar para cubrir los gastos que exija la conservación de los restantes, en el concepto de que es principio racional reconocido el de que el que está autorizado para hacer lo más puede válidamente hacer lo menos, puesto que si el Capitán tenía facultad de enajenar las mercancías averiadas, que es la facultad mayor, pudo empeñar las restantes para cubrir los gastos que exigía su conservación, facultad que le niega la sentencia:

6° El segundo párrafo del mismo art. 978, que concede hipoteca legal sobre las mercancías al que haga cualquier anticipación, autorizándole para reintegrarse con su producto de las mismas con preferencia á toda clase de acreedores, por cuanto el juicio ejecutivo y el embargo, que es uno de sus trámites, se siguieron para vender en pública subasta los efectos gravados á favor del prestamista, para lo cual le autorizaba dicho artículo, á pesar de lo cual la sentencia le desposee de su derecho mandando alzar el embargo practicado:

7° La Ley 1ª, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación, toda vez que el alzamiento del embargo decretado en la sentencia se opone al convenio celebrado por los dueños de las mercancías en 20 de Marzo de 1876 y aprobado por auto de 29 del mismo mes, por el cual se comprometieron á respetar en todas sus partes el contrato de préstamo á la gruesa celebrado por el Capitán, y por consiguiente á no poner obstáculo á que el prestamista enajenase después de embargadas las mercancías gravadas con hipoteca para reintegrarse con su importe:

8° El art. 826 del Código de Comercio, que autoriza al Capitán, cuando se encuentra fuera de la plaza donde resida el naviero ó el consignatario del buque, á celebrar préstamos á la gruesa usando de la facultad que el mismo Código le concede, siempre que acredite la urgencia y obtenga aprobación judicial ó consular en su caso:

9° El art. 977 del mismo Código, según el cual cuando no se hallare en el puerto el cargador ni persona que lo represente, se reconocerán los géneros averiados por peritos que nombre el Juez ó Agente consular, los que declararán la clase de daño sufrido, los medios de repararlo ó de evitar su aumento, y si podrá ser ó no conveniente su reembarque y conducción al puerto de su consignación; cuyo artículo añade que el Juez ó Agente consular proveerá lo que estime más útil á los intereses del cargador, debiendo el Capitán poner en ejecución lo mandado, y quedando responsable de cualquier infracción ó abuso que cometa, puesto que habiéndose practicado el reconocimiento de peritos y otorgado el contrato de préstamo en virtud de autorización del Agente consular, la sentencia, sin embargo, le quita todo valor y fuerza:

10. El art. 828 de la ley de Enjuiciamiento civil, que concede á los documentos otorgados en el extranjero igual fuerza que los otorgados en España, siempre que reunan las condiciones exigidas en aquél y en las leyes españolas para su autenticidad, puesto que unas y otras condiciones reune el título ejecutivo en virtud del que se despachó la ejecución y se embargaron las mercancías:

11. Las sentencias de este Supremo Tribunal de 30 de Mayo de 1864

y 29 de Marzo de 1875, que establecen que lo convenido entre partes es la ley del contrato, siendo así que las Sociedades demandantes se obligaron, por el convenio de Marzo de 1876, á respetar el contrato de préstamo á la grusea, contra cuyo convenio establecieron después la demanda de tercería:

12. Las sentencias de este mismo Tribunal de 25 de Octubre y 26 de Noviembre de 1873, que preceptúan que los contratos deben reputarse válidos mientras no se declare previamente su nulidad:

13. La sentencia de 28 de Marzo de 1863, por la que se establece que la sentencia que por inexacto fundamento viola lo estipulado en un contrato, infringe la ley del mismo; violación que r sulta en el fallo recurrido respecto del convenio de 20 de Marzo de 1876:

14. Las sentencias de 19 de Mayo de 1863 y 4 de Diciembre de 1865, según las cuales no puede recaer sentencia definitiva sobre otros puntos que los discutidos y probados, puesto que en este pleito no se ha reclamado en forma por los demandantes la nulidad del contrato:

15. La sentencia de 9 de Junio de 1876, según la cual es principio fundamental de derecho procesal que no probando el demandante los hechos en que funda su demanda, debe ser absuelto el demandado, por cuanto los demandantes no han probado la nulidad del gravamen que afectaba á las mercancías, y en la que fundaban su demanda de tercería, por lo que han debido ser absueltos los demandados:

16. La sentencia de 29 de Noviembre de 1861, según la cual infringe las leyes 2ª y 15, tít. 22, Partida 3ª, la sentencia que remite á otro juicio la resolución de lo que ha sido objeto principal del pleito:

17. Las sentencias de 30 de Mayo de 1864 y 27 de Marzo de 1865, que disponen que el que admite y reconoce un contrato queda obligado á su cumplimiento, sin que pueda excusarse de ninguna de las condiciones del mismo ni impugnar eficazmente su validez, por cuanto la sentencia exime á los demandantes del cumplimiento del contrato de préstamo á la gruesa, que admitieron y reconocieron por el convenio de que se ha hecho mérito:

18. La sentencia de 4 de Abril de 1870, con arreglo á la que no probando el actor su acción debe ser absuelto el demandado, en el hecho de no haber probado los terceristas la nulidad de la hipoteca de las mercancías, que era la acción que les incumbía probar como base fundamental de su demanda:

19. Las sentencias de este Supremo Tribunal de 9 de Enero de 1866 y 19 de Enero de 1870, que disponen que el que deduce una demanda de tercería de dominio en un juicio ejecutivo tiene el deber de acreditar cumplidamente su derecho á los bienes que reclama, por cuanto los terceristas no han probado su dominio en las mercancías, habiendo justificado solamente que iban consignadas á sus nombres, lo cual no es lo mismo, puesto que no podían ser sólo consignatarios, teniendo el Capitán en todo caso el derecho que le concede el art. 964 del Código de Comercio para poder diferir la entrega de los efectos salvados hasta haberse reintegrado de la contribución, si el interesado al recibirlos no daba fianza de su valor:

20. Los artículos 644 y 826 del Código de Comercio; la ley 10, título 33, Partida 7ª, y el principio jurídico de que el que está facultado para lo más debe entenderse que lo está con mayor razón para lo menos, en el concepto de que autorizado el Capitán de la nave por los indicados artículos para enajenar parte del cargamento en ciertos casos, con

mayor motivo ha de estarlo para constituirlo en garantía del préstamo á la gruesa, como se deduce de la ley de Partida citada:

21. La doctrina de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos ó acuerdos, repetidamente sancionada por este Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre otras, en las de 28 de Mayo de 1864 y 7 del mismo mes de 1878, porque el fallo recurrido al estimar la tercería de dominio descansa en el supuesto de que el recurrente no pudo gravar el cargamento de la barca *Manuel*, y en la consiguiente infracción del convenio de 20 de Marzo de 1876, en el cual los cargadores de la nave se comprometieron solamente á respetar dicho préstamo;

Y 22. El art. 995 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, que declara que la tercería de dominio ha de fundarse en el de los bienes embargados; la doctrina establecida en sentencias de 15 de Abril de 1864 y 14 de Enero de 1869, que recuerdan que la acción procedente para reclamar el dominio es la reivindicatoria y la proclamada en los fallos de 6 de Febrero de de 1862 y 10 de Abril de 1872, según la cual dicha acción procede tan sólo para recuperar el dominio de la cosa, por cuanto á los cargadores Saralegui, Iglesias y colitigantes no les ha negado nadie su dominio sobre las mercancías cargadas en la barca *Manuel*, y por lo tanto no han debido entablar la tercería de dominio; ni el Tribunal estaba llamado á depurar otra cosa que si el Capitán recurrente se encontraba ó no facultado para levantar el préstamo á la gruesa con garantía del cargamento:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que lo convenido entre las partes es ley para las mismas cuando no se opone á la moral ni á las leyes:

Considerando que los que en este pleito figuran como terceristas por el convenio de 20 de Marzo de 1876, aprobado por auto de 2 de Mayo del mismo año, convinieron en respetar el préstamo á la gruesa celebrado en 5 de Junio de 1873 por el Capitán Lorena, sin más limitación que la relativa á los fondos que procedentes del cargamento tenía aquél en su poder:

Considerando que reconocida por los cargadores la legitimidad en cuanto á ellos del préstamo á la gruesa, debe surtir este contrato sus naturales consecuencias, la primera de las cuales es obligar al cargamento á la seguridad del pago de la cantidad recibida á préstamo, y por lo tanto los dueños de aquél carecían de acción para entablar la tercería de dominio, puesto que los bienes á que se refieren venían obligados al pago de la cantidad reclamada en el pleito ejecutivo:

Considerando que la sentencia recurrida, al estimar dicha tercería y mandar alzar los embargos de las mercaderías conducidas al puerto por la barca *Manuel*, infringe lo convenido entre las partes, según se alega por los recurrentes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar á los recursos de casación interpuestos por Doña W. Them y D. Ceferino Lorena; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 31 de Enero de 1882 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Habana.—(Sentencia publicada el 28 de Diciembre de 1883, é inserta en las *Gacetas* de 30 y 31 de Enero de 1884.)

380

Recurso de casación (28 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Reivindicación.—Ha lugar al interpuesto por Doña Carmen Jimeno con D. Agustín Llorens (Audiencia de Valencia), y se resuelve:

Que para la inteligencia de los contratos consignados en escritura pública ha de estarse á los términos en que se hallen redactados, sin extenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado expresamente; y por consecuencia reducida la cuestión del pleito á determinar los límites de la finca vendida al recurrido como propia y del dominio de la recurrente, esta cuestión no ha de resolverse por la forma en que la dueña ejecutada la tenía inscrita con otras en el Registro de la propiedad, sino por lo que resulte de la escritura de venta y sus precedentes.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Vicente de Valencia y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por Doña Carmen Jimeno Carrasco con D. Agustín Llorens y Sanchís, y por su defunción con sus herederos, su viuda, Doña Francisca Rodrigo Belenguer y sus hijos D. Francisco y Doña Elvira Llorens y Rodrigo, representada esta última por su curador *ad litem* D. Miguel Ulldemolins y Belenguer, sobre reivindicación de parte de una casa; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Vicente Urgellés, antes Barberá, y el Procurador D. Eugenio Santiago Aguado, en defensa y representación de la demandante; habiendo llevado la de los recurridos el Licenciado D. José Aleixandre y el Procurador D. Félix Bazán:

Resultando que en autos ejecutivos promovidos en el Juzgado de primera instancia de Serranos de la ciudad de Valencia por D. Vicente Barreda y otros contra Doña Carmen Jimeno y Carrasco, viuda de Don José Carratalá, fué embargada la primera habitación de la casa número 4, calle del Miguelete de dicha ciudad, de la propiedad de la Doña Carmen, y llegado el procedimiento de la vía de apremio fué justipreciada por los peritos nombrados al efecto D. Felipe García y D. Mariano Sábado en 12.500 pesetas y se sacó á la venta en pública subasta, para lo cual se anunció en el *Boletín oficial* y en el periódico *Las Provincias* en la siguiente forma: la primera habitación de la casa en esta ciudad, calle del Miguelete, señalada con el núm. 4, de la propiedad de Doña Carmen Jimeno, lindante por la derecha con casa peluquería de D. Carlos Carie, que forma esquina á la de Bordadores; por la izquierda con la de D. Cirilo Amorós; por arriba con habitación de Don Eulalio Primo, y por detrás con la de D. José Matéu, cuya habitación está completamente independiente de las restantes del edificio, teniendo la puerta de entrada á la escalera de la misma por el vestíbulo que tiene su puerta en la citada calle:

Resultando que adjudicada la subasta á D. Agustín Llorens y Sanchís y aprobado el remate, le fué otorgada la correspondiente escritura de venta por el Juez de primera instancia en nombre de la deudora Doña Carmen Jimeno en 22 de Agosto de 1877, consignándose que lo

vendido era la primera habitación de la casa calle del Miguelete, señalada con el núm. 4, que quedaba deslindada en la forma antes referida:

Resultando que como resultado de un reconocimiento judicial practicado en la finca litigiosa durante el término de prueba, se hizo constar que después del zaguán de entrada de dicha casa y al pie de la escalera que da acceso á la primera habitación y pasada una puerta cancela que divide el zaguán, existe otra puerta que da entrada á un cuarto de cinco metros 62 centímetros de largo por tres con 14 de ancho, con una claraboya por donde recibe luz por el segundo tramo de la escalera, y que frente á la puerta de dicho cuarto se observa otra, en la que se notan señales de no haberse abierto hacía bastante tiempo:

Resultando que en 23 de Setiembre de 1880 dedujo Doña Carmen Jimeno la demanda que ha dado origen á este pleito, con la solicitud de que en uso de la acción real que ejercitaba se condenase en definitiva á D. Agustín Llorens á dejar á su disposición la pieza del piso bajo que tiene su entrada por el patio adonde da la escalera de la habitación independiente de su propiedad, con las rentas que hubiera podido producir dicho cuarto desde el 22 de Agosto de 1877, y con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, fundándose en que no había sido objeto de la venta judicial antes referida más que la primera habitación de la casa de la calle del Miguelete, núm. 4, ni por consiguiente había podido D. Agustín Llorens adquirir otra cosa que dicha habitación; y en que á pesar de esto y de la precisión con que fué deslindada dicha primera habitación cuando se sacó á la venta, se había apropiado Llorens el cuarto del piso bajo que constantemente había tenido alquilado la demandante con total independencia de la primera habitación:

Resultando que el demandado se opuso á la demanda, pidiendo que se le absolviese de ella con imposición de costas á la Doña Carmen, y al efecto alegó que el cuarto en cuestión era un accesorio ó dependencia de la habitación por él adquirida, lo cual demostraba la simple inspección ocular, así como la certificación que acompañaba, librada por los mismos peritos que hicieron la tasación de la casa; y que en el anuncio inserto en el *Boletín oficial* constaba que lo que sacó á subasta y el demandado compró fué una habitación completamente independiente de las restantes del edificio, y si la pieza ó cuarto de que se trata no fuese un accesorio de dicha habitación quedaría destruída la independencia anunciada en el edicto y consignada en la escritura de venta:

Resultando que en la réplica añadió la demandante que además de que el hecho de haber estado alquilada separadamente la habitación vendida á Llorens y el cuarto litigioso excluía la relación de accesorio y de principal, la acepción propia de las palabras textuales del anuncio de subasta y de la escritura demostraban que lo adquirido por Llorens en propiedad era la primera habitación que terminaba en la puerta que daba á la escalera con el derecho de paso sobre éste y sobre el vestíbulo; y evacuado por el demandado el escrito de dúplica, en el que reprodujo lo dicho en su contestación, se recibió el pleito á prueba y se suministraron por ambas partes diferentes justificaciones con el fin de demostrar los hechos respectivamente alegados:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia dictó sentencia revocatoria en 20 de Enero último, absolviendo á Doña Francisca Rodrigo Belenguer y D. Francisco, Doña Carmen y Doña Elvira

Llorens y Rodrigo, herederos de D. Agustín Llorens, de la demanda que contra éste interpuso Doña Carmen Jimeno y Carrasco, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que Doña Carmen Jimeno Carrasco interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes motivos:

1º En que siendo exacto y no habiendo sido negado que dentro de los límites que se dió en la escritura de 16 de Noviembre de 1866 al edificio que la recurrente adquirió por dicho contrato de Doña Bárbara Llamosí, se hallaba comprendido el cuarto ó pieza separado objeto de este pleito, lo cual resulta también de la nota de inscripción, se infringen por la sentencia recurrida la fuerza de dicho documento que constituye un justo título de dominio bastante para fundar en él la acción reivindicatoria; la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 2 de Marzo de 1867, y la ley 10, tít. 14, Partida 3ª de que dicha doctrina se deriva; la sentencia de este mismo Tribunal de 28 de Setiembre de 1868, que declara que el fallo que condena al demandado á restituir una cosa por probar al demandante el dominio que tiene sobre ella no infringe la ley 28, tít. 2º, Partida 3ª; el artículo 299 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, porque no se da valor á la citada escritura y á la certificación de su inscripción en el Registro, así como la ley 114, tít. 13, Partida 3ª, que da á dicho documento el valor correspondiente como carta fecha por mano de Escribano público é firmada con dos testigos; la sentencia de 16 de Noviembre de 1870, que establece que la que resuelve en sentido contrario al texto del documento contiene infracción de ley, la de 10 de Diciembre de 1860, que dice que cuando el actor prueba su intención por documentos fehacientes debe darse lugar á la demanda; las de 22 y 30 de Junio de 1865, que establecen respectivamente que cuando el documento presenta pruebas que afirman lo pedido en la demanda no puede decirse que ha dejado de probar su acción, y que la prueba no es necesaria sobre los hechos que tanto el actor como el demandado reconocen por ciertos; la de 27 de Febrero de 1882, en que se declaró probado el dominio por la presentación de una escritura de compra, así como otras muchas que forman jurisprudencia constante de que los documentos públicos y fehacientes constituyen prueba acabada acerca de los hechos que contienen, salva la que pueda darse en contrario por los que los objeten, y por último, la ley 18, tít. 18, Partida 3ª; en lo relativo al valor que atribuye á los documentos públicos:

2º Porque al afirmar la Sala sentenciadora que la recurrente ha debido probar el hecho de que el cuarto en cuestión no fué comprendido en la venta judicial verificada con posterioridad á su título en favor de D. Agustín Llorens, se infringe el principio incontrovertible que constituye en derecho un axioma, de que si bien por regla general la prueba incumbe siempre al actor respecto de los hechos que afirma, no puede exigírsele ni está obligado á acreditar los que niega, cuyo principio proviene de las leyes 1ª y 2ª, tít. 14, Partida 3ª, y está mantenido constantemente en las sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras en las de 9 de Abril de 1870 y 20 de Junio de 1872:

3º Porque en el hecho de dar la sentencia recurrida mayor alcance y extensión del que tiene por su texto claro y genuino al contrato celebrado entre la recurrente y por su rebeldía el Juzgado que entendió en los autos ejecutivos seguidos contra ella, relativo á la venta de la primera habitación independiente de la casa calle del Miguelete, núme-

ro 4, con su entrada por el zaguán que tiene á la puerta de la calle, infringe la ley del contrato, la doctrina que sienta la sentencia de este Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1868 de que cuando las cláusulas de un contrato son claras y explícitas no necesitan ser interpretadas; las de 5 de Marzo de 1865 y 29 de Octubre de 1864, 11 de Febrero de 1865 y 8 y 21 del mismo mes, que declaran que en los contratos no puede invocarse por las partes contratantes regla alguna para la interpretación extensiva; la de 30 de Diciembre de 1864, que establece que para la inteligencia de los contratos debe estarse á los términos en que se hallen redactados, sin extenderse á cosas y casas que no se hayan estipulado expresamente; la de 15 de Enero de 1867, que estatuye que los contratos legítimamente establecidos deben entenderse según sus palabras llanamente y como suenan; la de 19 del mismo mes de Enero de 1866, que determina que la verdadera ley para decidir las cuestiones litigiosas es el contrato mismo; la de 29 de Noviembre de 1881, que admite el principio legal de que todo fallo debe darse por pruebas y no por presunciones, y otras varias dictadas en igual sentido:

4° Porque al declarar la sentencia recurrida que el cuarto objeto del pleito es accesorio de la habitación independiente del principal, fundándose en la ley 28, tít. 5°, Partida 5ª, infringe esta misma ley, que establece que por cosas ayuntadas á la casa no se entienden más que aquellas que estaban destinadas á su servicio al tiempo de la venta; el sentido material de la escritura de compra y la inteligencia estricta que á la citada ley da la sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de Junio de 1865, que declara que al hablar dicha ley de las casas se refiere á lo que se halla incrustado en sus paredes y pavimentos ó fabricado bajo el suelo, como igualmente á los pozos, cisternas y otros objetos análogos, pero no á las demás cosas que tienen una existencia propia é independiente de las casas por más que indirectamente estuviesen afectas; la otra sentencia de casación de 30 de Noviembre de 1881, que admite el principio de que cuando se trata de reclamar una pertenencia que se dice correspondiente á la casa vendida, es necesario probar que dicha pertenencia fue comprendida en la venta, y por último, la ley 13, título 34, Partida 7ª, que sienta como regla de derecho que cosa que es nuestra no puede pasar á otro sin nuestra palabra ó nuestro fecho:

5° En que al conceder la sentencia méritos de prueba á la certificación dada por los peritos que practicaron el justiprecio de la habitación vendida judicialmente á Llorens, sin referencia á original alguno, para deducir que la pieza ó cuarto en cuestión fué comprendido en dicho justiprecio, desconoce las reglas que sientan los artículos 280, 281, 303, 306 hasta el 314 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, á cuyas disposiciones estuvo sujeto este pleito, con relación al 279 de la misma y á los 578, 596, 597 y 598, 610 y siguientes hasta el 631, y 637 y siguientes hasta el 661 de la vigente; puesto que bien se haya querido atribuir á dicho documento el carácter de público y solemne que no tiene porque le faltan las principales condiciones que exige el art. 280 de la ley antigua de Enjuiciamiento, equivalente al 596 de la moderna, ó bien se haya entendido como probanza de testigos, era necesario según ambos Códigos que tuviera original para el cotejo y compulsa; y en el caso de que quisiera entenderse que la manifestación de los llamados peritos constituían un dictamen ó juicio pericial, le faltaban para serlo las condiciones enumeradas en los artículos antes citados;

Y 6° Porque al declarar la sentencia que la recurrente ha reconocido

al absolver posiciones que Llorens había pagado también el valor del cuarto en cuestión, al satisfacer el precio del remate establece una suposición gratuita é infringe la ley 2ª, tít. 13, Partida 3ª, y la sentencia de este Tribunal de 16 de Abril de 1866, que explicando dicha ley dice: «que la conoscencia para que sea tenida como tal y pueda determinar el juicio es preciso que contenga expresiones explícitas y absolutas que sean concretas y directas, y que por su afirmación pueda definirse con seguridad el pleito, no entendiéndose por tal la que se limita sólo á un extremo más ó menos inductivo aunque sea de los comprendidos en la demanda:»

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que para la inteligencia de los contratos consignados en escritura pública ha de estarse á los términos en que se hallen redactados, sin extenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado expresamente, y por consecuencia reducida la cuestión del pleito á determinar los límites de la finca vendida al recurrido como propia y del dominio de la recurrente, esta cuestión no ha de resolverse por la forma en que la dueña ejecutada la tenía inscrita con otras en el Registro de la propiedad, sino por lo que resulte de la escritura de venta y sus precedentes:

Considerando que ni en la expresada escritura de venta ni en las diligencias judiciales que la prepararon se menciona directa ni indirectamente el cuarto bajo en cuestión como comprendido en el contrato de enajenación judicial, lejos de eso, contra lo que era lógico en otro caso, no se señala como límite de la habitación principal ejecutada y vendida la calle del Miguelete, con la cual confina por el frente todo el edificio de que forma parte dicha habitación, sino que se expresa que ésta es independiente de todas las restantes del mismo edificio y tiene la puerta de entrada á la escalera por el vestíbulo que tiene la suya á la citada calle, con cuya expresión se demuestra que la independencia de la habitación ó piso vendido principia en la puerta de la escalera que sale al vestíbulo donde está situado el cuarto bajo de que se trata:

Considerando, por tanto, que al declarar la Sala sentenciadora que por virtud de dicho contrato de venta judicial adquirió D. Agustín Llorens, no sólo la habitación principal de la casa núm. 4 de la calle del Miguelete, según fuera deslindada en la diligencia de embargo, en los anuncios de remate y en la escritura de venta, sino también el cuarto bajo objeto del pleito, ha infringido la ley de contrato, las doctrinas legales referentes á la inteligencia de los contratos y la ley 114, tít. 18, Partida 3ª, relativa al valor probatorio de las escrituras públicas citadas con otras por el recurrente como fundamento del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña Carmen Jimeno Carrasco; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 20 de Enero último dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de Valencia.—(Sentencia publicada el 28 de Diciembre de 1883, é inserta en las *Gacetas* de 30 y 31 de Enero de 1884.)

381

Recurso de casación (28 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Cobro de costas.—No ha lugar al interpuesto por Doña María de la Candelaria Hernández de Delgado con el Recaudador de costas de la Audiencia (Audiencia de las Palmas), y se resuelve:

Que el auto dictado para la ejecución de una sentencia que provee en contradicción con lo ejecutoriado, infringe la ejecutoria y la ley 19, tít. 22, Partida 3ª.

En la villa y corte de Madrid, á 28 de Diciembre de 1883, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de las Palmas de Gran Canaria y en la Sala de justicia de la Audiencia del mismo distrito por D. Francisco Pérez Benavides, como marido de Doña María de los Dolores Vázquez Lavielli, con la viuda y herederos de D. Valentín Vázquez Naranjo sobre partición de los bienes quedados por fallecimiento de éste y de su primera mujer Doña Francisca Romero, en el día incidente promovido por el Recaudador de costas de la Audiencia para el cobro de las devengadas por los que litigaron en concepto de pobres; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto á nombre de Doña María de la Candelaria Hernández de Delgado, madre y heredera de D. Marcial Delgado, por el Procurador D. Luis Lumbreras, bajo la dirección del Licenciado D. Juan Fernández Ruiz:

Resultando que en 19 de Agosto de 1817 falleció D. Valentín Vázquez Naranjo, casado á la sazón con Doña Antonia Ruiz Bustamante y viudo en primeras nupcias de Doña Francisca Romero; y en 25 de Junio de 1828 D. Francisco María Pérez Benavides, en concepto de marido de Doña María de los Dolores Vázquez y Lavielli, promovió demanda contra la viuda y herederos de D. Valentín Vázquez Naranjo sobre partición de los bienes quedados por fallecimiento de éste y su referida primera mujer:

Resultando que conferido traslado de la demanda á la viuda y herederos de Vázquez Naranjo, se citó y emplazó á la viuda; á D. Mariano Vázquez Bustamante; D. Manuel Delgado, en representación de sus hijos D. Narciso, D. Marcial y Doña Antonia, habidos en su matrimonio con Doña María de la Asunción Vázquez; D. Fernando Cambrelín, como marido de Doña María de los Dolores Vázquez, y Doña Ventura Vázquez; y contestando á la demanda manifestaron su conformidad á que se procediese á practicar la partición de bienes quedados por fallecimiento de D. Valentín Vázquez, bajo las bases y datos que proponían, y oponiéndose á la de los de su primera mujer Doña Francisca Romero en razón á haberse ya practicado entre su hija única, con intervención de su curador y de la Autoridad judicial y su padre:

Resultando que seguido el pleito con largas y repetidas interrupciones, fallecieron durante ellas varios de los interesados, compareciendo otros como sus sucesores, y en 15 de Setiembre de 1873 el Juez de primera instancia de las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia absolviendo á Doña Carolina Santana de la demanda interpuesta por Don Francisco Pérez Benavides por lo que se refiere á la partición de los

bienes quedados á la defunción de Doña Francisca Romero, y mandó que de conformidad de las partes se procediese á la partición de los bienes quedados al fallecimiento del D. Valentín Vázquez Naranjo, bajo las bases consignadas en el escrito de contestación á la demanda por considerarlas justas y legales, sin hacer especial condenación de costas; cuya sentencia se aclaró en el concepto de que la absolución se entendería extensiva á los demás herederos y representantes de D. Valentín Vázquez y de su mujer Doña Antonia Ruiz, contra quienes se había interpuesto la demanda:

Resultando que admitida la apelación que interpuso Doña María de los Dolores Vázquez Lavielli, se remitieron los autos á la Superioridad, y sustanciada la instancia, la Sala de justicia por sentencia de 12 de Enero de 1877 confirmó la del Juez, imponiendo las costas á la apelante Doña María de los Dolores Vázquez: que practicada y aprobada la tasación de costas, se devolvieron los autos al inferior, con la correspondiente certificación, y con posterioridad á instancia del Recaudador de costas se libraron varias órdenes al Juez para que procediera á hacer efectivas las en que había sido condenada la Doña María de los Dolores Vázquez:

Resultando que después de otras actuaciones el Recaudador de costas en 5 de Noviembre de 1880 acudió á la Sala, exponiendo que había llegado á su noticia hallarse terminados los autos con la liquidación, partición y adjudicación de los bienes raíces y existencias en metálico de la testamentaría entre todos los partícipes, y como casi todos ellos habían litigado como pobres procedía que pagasen las costas de su defensa en cuanto no excedieran de la tercera parte que hubieran obtenido, con arreglo al art. 199 de la ley de Enjuiciamiento civil, y pidió se librase certificación al Juez para que retuviera la tercera parte de la que debieran percibir los interesados ó partícipes que habían litigado en estos autos como pobres, para con esa suma atender al pago de sus respectivas defensas y al reintegro del papel sellado:

Resultando que la referida Sala de la Audiencia, en providencia de 9 de dicho mes de Noviembre mandó que sin perjuicio del derecho que pudiera asistir á los que obtuvieron sentencia favorable en estos autos, para exigir de las partes condenadas el oportuno reintegro se librase carta orden al Juez de primera instancia para que dispusiera la retención de la tercera parte de todo lo que hubiera correspondido á todos los que habían litigado en los autos en concepto de pobres en la partición de los bienes que fueron de la pertenencia de D. Valentín Vázquez, con objeto de atender al pago á que directamente estaban obligados; y previa la correspondiente liquidación, para la que se tendría en cuenta la tasación de costas practicada, las causadas con posterioridad á ella y las de primera instancia, y que remitiera á su tiempo realizadas que fueran las cantidades correspondientes á prorrata á los funcionarios de la Superioridad y el reintegro total del papel de pobres invertido en segunda instancia:

Resultando que D. Marcial Delgado y Hernández, Doña María Candelaria Hernández de Delgado y otros interesados suplicaron de dicha providencia á fin de que se dejara sin efecto, reservando al Recaudador de costas el derecho de que se considerase asistido para que lo dedujera donde y en la forma que correspondiese contra quien mejor viere convenirle; al efecto alegó, entre otras consideraciones, que la representación de D. Marcial Delgado y la de los demás demandados, lejos de

ser condenados en costas, fueron absueltos de la demanda y expresamente condenada en todas las de segunda instancia de 12 de Enero de 1877 la actora Doña María de los Dolores Vázquez: que ni la ley ni la jurisprudencia impone á los que obtuvieron sentencia favorable en estos autos la obligación de pagar las costas: que el art. 199 de la ley de Enjuiciamiento civil no tiene aplicación al caso actual, pues se refiere al declarado pobre que vence en el pleito que hubiese promovido, y no al demandado que no hace más que defenderse y que aunque venza en el pleito que le ha promovido su competidor y se le absuelva de la demanda nada obtiene que aumente sus bienes; y la Sala de la Audiencia por auto de 14 de Enero de 1881 declaró no haber lugar á suplir ni enmendar la providencia de 9 de Noviembre anterior y que se estuviera á lo en ella acordado:

Resultando que declarado por la Sala tercera de este Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por D. Marcial Delgado y Hernández, su madre y heredera Doña María de la Candelaria Hernández formuló el fundado en infracción de ley por conceptuar haberlo sido:

1° La ley 19, tít. 22, Partida 3ª, que declara la fuerza que tiene el juicio afinado; la sentencia ejecutoria de 12 de Enero de 1879, en cuanto por ella se impusieron las costas de segunda instancia á la parte apelante, y la doctrina legal establecida por este Tribunal Supremo en sentencias de 8 de Julio de 1878, 22 de Abril y 13 de Junio de 1873, porque habiéndose impuesto en dicha ejecutoria las costas de segunda instancia á la parte apelante contra lo ejecutoriado sobre el particular, el auto recurrido obliga á anticipar el importe de dichas costas á los que obtuvieron sentencia favorable en aquel pleito, entre los cuales se encuentra la recurrente, con lo que la Sala sentenciadora contradice la cosa juzgada, se desentiende de la parte condenada y exige, siquiera sea con carácter de interinidad, el cumplimiento de las responsabilidades á aquellos litigantes completamente extraños á aquellas obligaciones:

2° La ley 8ª, tít. 22, Partida 3ª, que trata de la imposición de costas al litigante temerario, y la doctrina establecida por este Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Noviembre de 1875, que dispone que si la condena de costas de cuya efectividad y pago se trata tiene la fuerza de cosa juzgada, no puede ser contrariada por la providencia que se dicte para su indeclinable y exacto cumplimiento; porque la Sala sentenciadora, prescindiendo de la cosa juzgada y del precepto contenido en la ley citada, al proveer respecto del cumplimiento de la condena de costas ha contrariado el legítimo alcance que ésta tiene cuando se impone á un litigante como correctivo de su temeridad y el valor y eficacia de lo ejecutoriado acerca de la persona obligada á hacer efectiva dicha responsabilidad:

3° El art. 199 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1856, cuyo precepto sólo es aplicable cuando concurren las condiciones de que el declarado pobre sea quien haya promovido el pleito y que en él haya obtenido alguna utilidad ó ganancia; condiciones que no concurren en la recurrente, puesto que no fué de los que promovieron el pleito, en el cual ha tenido el carácter de demandada, ni ha obtenido cosa positiva alguna de litigio, á menos que se entienda por obtener una cosa el no perderla, que es lo único que ha conseguido:

4° La regla de derecho que establece que nadie debe enriquecerse

torticeramente ó con daño y perjuicio de otro; porque ese enriquecimiento tortícero se daría en la parte condenada al pago de las costas en la sentencia ejecutoriada si se obligase á los litigantes que vencieron en aquel pleito al anticipo de dichas costas siquiera sea con la reserva para reintegrarse que se les concede:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que la Sala de la Audiencia de Las Palmas al confirmar por su sentencia de 12 de Enero de 1879 la dictada por el Juez de primera instancia impuso costas de la segunda á la apelante Doña María Vázquez Lavielli, y consentido este fallo por las partes y habiendo por consiguiente causado ejecutoria ha debido llevarse á efecto:

Considerando que la mencionada Sala al disponer por su providencia de 9 de Noviembre de 1880 que sin perjuicio del derecho que pudiera asistir á los que obtuvieron sentencia favorable en el pleito para exigir de las partes condenadas el oportuno reintegro se librase carta orden al Juez de primera instancia para la retención de la tercera parte de lo que hubiese correspondido á los que habían litigado, con los demás que dicha providencia contiene, infringe con ella al no dar lugar á la súplica lo que respecto á costas había dispuesto la misma Sala en su fallo viniendo á proveer en contradicción con lo ejecutoriado, por cuya razón son de estimar los dos primeros motivos de casación alegados por el recurrente;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Doña María de la Candelaria Hernández de Delgado contra el auto dictado por la Sala de justicia de la Audiencia de Las Palmas en 14 de Enero de 1881 y su providencia concordante de 9 de Noviembre de 1880, las cuales casamos y anulamos.—(Sentencia publicada el 28 de Diciembre de 1.883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Enero de 1884.)

382

Recurso de casación (29 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Cumplimiento de una ejecutoria.—No ha lugar al interpuesto por Doña Matilde Shelly y Trechuelo con D. Cayetano Díaz Trechuelo y otro (Audiencia de Sevilla), y se resuelve:

1° *Que si bien el art.* 926 *de la ley de Enjuiciamiento civil preceptúa que se ponga inmediatamente en posesión al que ganó en un pleito alguna cosa inmueble, esto se entiende si se halla en poder de quien deba entregarla, con arreglo á la sentencia ejecutoria:*

2° *Que las disposiciones de los artículos* 1532 *y* 1543 *de la misma ley de Enjuiciamiento, como puramente formularias, no pueden servir de fundamento para la casación en el fondo, según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo; aparte de que por referirse expresamente á los casos en que se proceda por embargo ó venta de bienes, son inaplicables cuando no se trata de esto, sino de dar posesión de unas fincas á quien de derecho corresponda en virtud de los títulos que se tienen á la vista y los asientos que aparecen del Registro de propiedad, sin perjuicio de lo que haya lugar á resolver en un juicio declarativo:*

3° *Que el principio de que lo nulo no produce efecto alguno, es inaplicable á los casos que taxativamente determina el art. 34 de la ley Hipotecaria como excepción de lo prevenido en el 33:*

4° *Que si bien el dicho art. 33 establece que la inscripción en el Registro no invalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes, el siguiente, ó sea el 34, prescribe de un modo terminante que cuando el verdadero dueño del inmueble consiguiese la anulación del derecho con que aparecía en el Registro el que otorgó el acto ó contrato, no se invalidaría éste respecto al tercero que hubiera inscrito con anterioridad su título, sin que antes sea citado, oído y vencido en el correspondiente juicio:*

5° *Que la irrevocabilidad de la cosa juzgada se refiere únicamente á las personas que hayan sido parte en el juicio:*

6° *Que no es de estimar el motivo de casación en que se establece por base de la infracción alegada la existencia de un hecho que no consta del fallo recurrido, pues esto no puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado el Tribunal Supremo;*

Y 7° Que tampoco puede estimarse el motivo en que se hace supuesto de la dificultad.

En la villa y corte de Madrid, á 29 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador de Sevilla y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la misma ciudad por D. Luis y Doña Matilde Shelly y Trechuelo, representados por el Procurador D. José García Noblejas y defendidos por el Doctor Don Antonio de Mena y Zorrilla, con D. Cayetano Díaz Trechuelo, Marqués de Villavelviestre, que no ha comparecido en este Supremo Tribunal, y D. Ignacio Halcón y Mendoza, en representación de sus hijos D. Antonio y D. José Halcón y Vinent, y en su nombre el Procurador Don Juan Hernández Baura, bajo la dirección del Licenciado D. Manuel Silvela, sobre cumplimiento de una ejecutoria:

Resultando que D. Ricardo Shelly falleció del cólera el 18 de Julio de 1855 en la hacienda de Robaina, término municipal de la villa de Pilas, habiéndose declarado por el Juzgado de Guerra de Andalucía testamento y última voluntad del mismo la manifestación que hizo ante tres testigos, nombrando tutora y curadora de sus dos hijos Doña Matilde y D. Luis, de cinco y un año de edad respectivamente, á su esposa Doña Matilde Trechuelo, sustituyéndola en caso de fallecimiento su madre política la Marquesa de Villavelviestre, y si ésta sucumbía su cuñado el Marqués de dicho título D. Cayetano Trechuelo:

Resultando que prevenido el juicio de testamentaría se discernió á la viuda Doña Matilde Trechuelo el cargo de tutora y curadora de sus dos citados hijos, y á D. Cayetano Trechuelo, Marqués de Villavelviestre, el de curador *ad litem* de los mismos:

Resultando que en 22 de Noviembre de 1855 Doña Matilde Trechuelo presentó un estado de los 13 créditos que resultaban contra la testamentaría, importantes á una suma 906.965 rs. 32 mrs., procedentes de pagarés aceptados en su particular por el Marqués de Villavelviestre, de la última octava parte satisfecha al Estado por el propio Marqués por la hacienda de Robaina, de la que se adeudaba á éste de la liquidación de la testamentaría y de las cantidades tomadas bajo su firma para atender á las urgencias de la misma, y con presentación de este estado solicitó la viuda, en atención á carecer de fondos para satisfacer

estos créditos, cuya realización instaban algunos acreedores, que previa información de utilidad y necesidad se la concediera licencia para la enajenación en pública subasta de la hacienda llamada Robaina:

Resultando que nombrado curador *ad litem* de los menores el Procurador D. José María Párraga por la incompatibilidad del Marqués de Villavelviestre, se tasó la hacienda la Robaina y además la dehesa llamada Chaparral, y autorizada la viuda para la venta de aquella hacienda, previa la correspondiente información, por falta de licitadores en la subasta fué retasada dicha hacienda, así como la dehesa del Chaparral; y verificada nueva subasta, únicamente se presentó á hacer postura D. Cayetano Trechuelo por la cantidad de la retasa, y conforme Doña Matilde Trechuelo, el curador *ad litem* de sus hijos y el Ministerio fiscal, se aprobó por auto de 16 de Abril de 1857 el remate de la indicada hacienda de Robaina, incluso la nombrada del Chaparral; habiéndose autorizado después á la viuda para proceder al otorgamiento de la escritura de venta, que otorgó en efecto en 19 de Junio de 1858, habiendo sido inscrita en el Registro de la propiedad en 3 de Julio siguiente:

Resultando que el Marqués de Villavelviestre, por sí en cuanto á la hacienda de la Robaina y adjunta dehesa del Chaparral, y en representación de su madre política Doña Concepción Fernández de Rivera respecto al cortijo de Characena y de la hacienda de Camposanto, vendió dichas fincas por escritura de 6 de Diciembre de 1869 á D. Antonio Vinent de Gola, Marqués de Palomares del Duero, en la cantidad en junto de un millón de reales, fijándose á la hacienda de Robaina y Chaparral la de 500.000 rs. con pacto de retro por seis años que terminarían el día 6 de Diciembre de 1875, pasado el cual sin la devolución del precio y otorgamiento de la escritura, quedaría la venta perfecta y continuada, dando el Marqués de Palomares como dueño en arrendamiento al de Villavelviestre las fincas vendidas por la renta anual de 85.000 reales, siendo de su cargo el pago de todas las contribuciones y cargas obligándose el vendedor á la evicción y saneamiento, habiéndose inscrito en 12 de Enero de 1870 en el Registro de la propiedad, que certificó que no aparecía impuesto ningún gravamen ni anotado ninguno sobre las citadas fincas:

Resultando que en las particiones de bienes quedados por fallecimiento del citado Marqués de Palomares del Duero y de su mujer Doña Ana Valiente y Correoso, protocolizadas en 23 de Enero de 1873, fueron adjudicadas las fincas de que se ha hecho mérito á los menores nietos de aquéllos D. Antonio y D. José Halcón y Vinent, hijos de D. Ignacio Halcón y Mendoza y de su difunta mujer Doña Elisa Vinent y Valiente, hijuela que fué inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que por escritura de 2 de Diciembre de 1875 D. Ignacio Halcón, como padre y administrador de dichos menores, prorrogó al Marqués de Villavelviestre y á Doña Felisa Aguirre, como heredera única de Doña Concepción Fernández de Rivera, el plazo para retrotraer las indicadas fincas por tres años fijos y forzosos para ambas partes y tres á voluntad de las mismas, avisándose mutuamente con tres meses de anticipación, y trascurrido el indicado plazo sin nueva prórroga, se libró testimonio en 14 de Diciembre de 1881 á instancia de Don Ignacio Halcón para cancelar la condición resolutoria de pacto de retro:

Resultando que Doña Matilde Shelly, Marquesa de Casa Ramos, autorizada por su marido y el curador *ad litem* de D. Luis Shelly, de-

dujeron demanda en los referidos autos de testamentaría en 17 de Febrero de 1876, en la que ejercitando la acción de nulidad en cuanto se refería á la enajenación de la hacienda Robaina y dehesa del Chaparral y la restitución *in integrum* en lo relativo á la aprobación del inventario, á las cuentas del administrador y á la adjudicación á éste de determinados bienes de la testamentaría para pago del alcance, pidieron se declarase nula, de ningún valor ni efecto la venta de la hacienda de Robaina y dehesa del Chaparral, condenando al Marqués de Villavelviestre á restituir estas fincas con los frutos producidos y debidos producir desde su adquisición; y declarando también procedente el remedio de la restitución *in integrum*, mandar reponer los autos de la testamentaría al ser y estado que tenían cuando se verificó dicha enajenación, y en su consecuencia que debían rehacerse los inventarios y las cuentas de administración, condenando en todas las costas al repetido Marqués:

Resultando que pedida por un otrosí de la demanda la anotación preventiva de la misma, se estimó en 26 de Febrero de 1876; é impugnada por el demandado y formado ramo separado sobre su cancelación, quedó firme la anotación por ejecutoria recaída en dicho incidente:

Resultando que el Marqués de Villavelviestre impugnó la demanda: que sustanciado el juicio en dos instancias, dictó sentencia la Sala de lo civil de la Audiencia de Sevilla en 14 de Noviembre de 1881, declarando nula y de ningún valor ni efecto la venta de la hacienda de la Robaina y dehesa del Chaparral hecha á D. Cayetano Díaz Trechuelo, condenándole á que restituyera estas fincas á la testamentaría del finado Teniente General D. Ricardo Shelly, con los frutos producidos y debidos producir desde la contestación á la demanda hasta que hiciera efectiva entrega de las expresadas fincas: declaró asimismo haber lugar á la acción y beneficio de restitución *in integrum* ejercitadas en la demanda por Doña Matilde y D. Luis Shelly y Trechuelo, mandando en su consecuencia que se repusieran los autos de la misma testamentaría al ser y estado que tenían cuando se verificó la enajenación de las precitadas fincas, debiendo el demandado devolver á dicha dependencia la salina titulada Matilde y sus productos, así como también rehacerse los inventarios y las cuentas de administración, todo sin perjuicio de los derechos que los interesados pudieran tener y les correspondieran anteriormente á la reposición acordada en esta sentencia; y que interpuesto por D. Cayetano Díaz Trechuelo recurso de casación por infracción de ley, se declaró no haber lugar á él, con las condenaciones consiguientes, por sentencia de 13 de Mayo de 1882:

Resultando que devueltos los autos al Juzgado de primera instancia con la ejecutoria correspondiente, solicitaron D. Luis y Doña Matilde Shelly que se repusieran los autos de la testamentaría al estado que tenían cuando se verificó la enajenación de la finca Robaina y dehesa del Chaparral, y para ello decretar la devolución de dichas fincas y de la salina denominada Matilde, mandando expedir los oportunos exhortos á los Juzgados de Sanlúcar la Mayor y Chiclana en los términos explicados para que inmediatamente se les pusiera en posesión de dichas fincas, requiriendo al Marqués para la rendición de las cuentas de sus productos; pidiendo además que al exhorto del Juzgado de Sanlúcar se acompañara testimonio por duplicado de la ejecutoria, siendo extensivo á que se librara mandamiento al Registrador de la propiedad para la inscripción de la misma en aquel Registro y cancelación total de la cau-

sada por la venta hecha al Marqués y las que de la misma trajeran origen, porque desapareciendo la causa no podían subsistir sus efectos, tanto más, cuanto que la ejecutoria reconocía y declaraba el dominio de dichas fincas á favor de la testamentaría:

Resultando que estimadas por auto de 13 de Julio de 1882 estas y otras pretensiones que no son del caso y puestos los hermanos Shelly en posesión de las fincas indicadas, el Marqués de Villavelviestre promovió incidente de nulidad de las actuaciones posteriores al momento en que se dictó el referido auto, que se había llevado á efecto sin dejar trascurrir el término concedido para pedir reposición, mandando que se dejara sin efecto todo lo actuado, con protesta de reclamar los perjuicios irrogados; y que conferido traslado á los hermanos Shelly, que á su vez pidieron reposición por otros conceptos del auto mencionado, impugnaron el incidente de nulidad promovido por el Marqués:

Resultando que en tal estado y en 25 de dicho mes de Julio compareció en forma en los autos D. Ignacio Halcón y Mendoza, en concepto de representante legal de sus hijos menores D. Antonio y D. José Halcón y Vinent, con presentación de la escritura de venta de las fincas hechas por el Marqués de Villavelviestre con pacto de retro en 6 de Diciembre de 1869 y el testimonio de adjudicación de las mismas á los menores Halcón y consumación de su dominio por no haberse realizado la retrocesión, y alegando como hechos el contenido de estos documentos, su ignorancia y falta de intervención en el pleito entre el Marqués de Villavelviestre y los hermanos Shelly, la falta también de completo conocimiento de la providencia de 18 de Julio y su sorpresa con la noticia de que la Autoridad había ido á dar posesión de las fincas que eran suyas á un tercero que no lo había citado, requerido ni vencido en juicio; y como fundamentos de derecho la máxima inconcusa, confirmada por las leyes de Partida y sancionada por innumerables sentencias de este Supremo Tribunal, que prohibe privar á nadie de su posesión sin ser antes vencido en juicio; ejercitando el derecho que asiste á todo el que á virtud de providencias dictadas en procedimientos judiciales en que no ha intervenido ve lastimados los derechos que legítimamente le corresponden, y á reserva y con la protesta expresa que formulaba de reclamar á su tiempo la debida indemnización de daños y perjuicios, pidió se le tuviese por parte y se repusiera por contrario imperio ó como más hubiera lugar en derecho la providencia en que se había mandado dar la posesión de que llevaba hecho mérito, dejando por consiguiente sin efecto ese proveido con todas sus consecuencias, condenando expresamente en las costas á todos los que habían solicitado esa posesión reservándoles las acciones de que se estimaran asistidos para que las ejercitaran contra quien y como vieren convenirles:

Resultando que los hermanos Shelly impugnaron la pretensión de Halcón, reservándole su derecho para que lo ejercitarse en la forma que mejor viere convenirle, alegando para ello que sólo podían ser parte legítima en juicio los demandantes ejercitando acción en forma y los demandados en virtud de llamamiento judicial, y Halcón no era lo uno ni lo otro: que decía perturbaba su posesión, pero no era el remedio legal el recurso entablado, porque sólo se concedía por la ley á los litigantes, y él no era parte: que teniéndose como interesado en el asunto podía deducir una acción de tercería que estaba en armonía con el precepto constitucional que garantía la posesión y como establecía

la ley de Enjuiciamiento: que para que la acción reinvindicatoria prosperara era necesario que el actor justificara plenamente su dominio, y los hermanos Shelly ejercitando la nulidad del título en cuya virtud salieron las fincas de la testamentaría y conjuntamente la reivindicatoria de las mismas, habiendo prosperado ambas en la ejecutoria, eso había sido determinar la declaración de dominio que tenía que prevalecer mientras no viniera otra ejecutoria que lo declarara á favor de distinta persona: que Halcón conocía la existencia del pleito, y que los exponentes ignoraban la venta á retro porque siempre habían visto al Marqués disponer de las fincas como dueño, siendo aquel contrato un préstamo con la garantía del pacto de retro, sin otra aspiración que realizar su crédito, prorrogando los plazos hasta que dictada la ejecutoria y para eludir sus efectos hizo cancelar en 1881 la condición resolutoria en el mismo Registro en que años antes se encontraba anotada la demanda reivindicatoria: que la providencia de 18 de Julio no había hecho más que cumplir el art. 926 de la ley de Enjuiciamiento civil, por lo que no podía reformarse: que era discutible si empecía á Halcón aquel juicio, porque el Marqués les hubiera empeñado las fincas y luego entrado en pleito sobre su señorío con la testamentaría sin contradicción de Halcón que lo sabía, y aunque se dijera que no eran empeñadas sino vendidas, eso sería objeto y materia de discusión y pruebas si Halcón ejercitara sus derechos en forma en el juicio correspondiente: que en vano entendía que no le afectaba la ejecutoria por ser comprador de buena fe, pues la misma ley de Partida en que se apoyaba, lo que le daba era derecho de demandar de saneamiento al Marqués de Villavelviestre, y los en que se fundaba para retener las fincas hasta que fuera cumplidamente satisfecho no le atribuían tal derecho, pues lo que disponían era el pago y abono de mejoras que no se habían hecho ni podido hacer por no haber sido dueño más que en el nombre, habiéndose limitado á recibir como rentas los intereses del capital prestados sobre las fincas; y que no tenía aplicación el art. 1696 (así dice) de la ley de Enjuiciamiento citado de contrario, porque la providencia de 18 de Julio se había dictado para cumplir al pie de la letra una ejecutoria:

Resultando que en auto de 4 de Agosto se declaró no haber lugar á la suspensión del recurso de las actuaciones ni á la nulidad que á su nombre se pretendía, declarándose asimismo no haber lugar á la reposición pedida por D. Ignacio Halcón de la providencia de 18 de Julio en el extremo en que mandaba dar posesión de la hacienda de Robaina y de la dehesa del Chaparral á la testamentaría del Teniente General D. Ricardo Shelly, ni á tenerle por parte en este juicio, condenándoles respectivamente en las costas:

Resultando que el Marqués de Villavelviestre interpuso apelación, que le fué admitida en un solo efecto:

Resultando que D. Ignacio Halcón presentó un escrito en 2 de Agosto, manifestando que le convenía acreditar los recursos interpuestos contra la providencia de 18 de Julio en que se había ordenado la posesión de las fincas, cancelación del asiento de venta declarado nulo y todos los posteriores; y en 8 del mismo mes de Agosto presentó otro alegando que habiendo visto por vez primera por el resultando 2° del auto de 4 de aquel mes que por la providencia de 18 se había decretado la cancelación de las inscripciones de Robaina y Chaparral en el Registro de la propiedad á favor del Marqués y las que de la misma trajeran causa, á pesar de tener pedida reposición de dicha providencia, á

su entender en cuanto le perjudicase, para que ni por asomo se creyera que consintió ese extremo ahora conocido; invocando el texto de los artículos 82 y 84 de la ley Hipotecaria; y ejercitando el derecho que correspondía á virtud de providencias judiciales dictadas sin su intervención y con su perjuicio, pedía para el caso hipotético de entenderse que no tenía reclamado el perticular del proveído que mandó cancelar las inscripciones que trajeran causa de lo ya explicado, que se le admitiera el recurso de reforma que interponía; y reponiéndose dicho particular de la providencia con todas sus consecuencias, se dictaron las disposiciones oportunas en evitación de anteriores perjuicios, solicitando para el caso de denegación que se le admitiera libremente la apelación que interponía, y apelando también el auto de 4 de Agosto en cuanto se negaba la reposición anteriormente solicitada y su personalidad en aquel juicio:

Resultando que la apelación interpuesta por Halcón se admitió en un efecto, y sin que se alegara nada de contrario respecto á la reposición nuevamente solicitada, se denegó en auto de 14 del referido mes de Agosto, admitiéndose en un solo efecto la apelación subsidiariamente interpuesta:

Resultando que la Audiencia de Sevilla declaró admitidas libremente las indicadas apelaciones, y que sustanciada la instancia, dictó sentencia en 9 de Junio del corriente año 1883, confirmando con la tercera parte de costas al apelante D. Cayetano Díaz Trechuelo, Marqués de Villavelviestre, el auto apelado por el msimo en 4 de Agosto de 1882, en cuanto por él no se dió lugar á la declaración de nulidad de las actuaciones practicadas con posterioridad á la providencia de 18 de Julio del mismo año, y se le condenó en cierta parte de costas de la primera instancia, y revocado el expresado auto y el de 14 del mismo mes de Agosto en cuanto por ellos no se dió lugar á la reposición pretendida por D. Ignacio Halcón, á nombre de sus menores hijos, del proveído de 18 de Julio de 1882 en la parte referente á la posesión en el mismo mandada dar á los hermanos Shelly de la hacienda de Robaina y dehesa del Chaparral y la cancelación acordada de las inscripciones del Registro de la propiedad que trajeran causa de la hecha en favor del Marqués de Villavelviestre, y se condenó á dicho Halcón en parte de las costas de primera instancia, declaró en su virtud procedentes las reposiciones solicitadas por parte de Halcón, y dejando sin efecto la posesión conferida de las indicadas fincas á D. Luis y Doña Matilde Shelly se confiriera desde luego dicha posesión á D. Ignacio Halcón, á nombre de sus menores hijos, declarando asimismo no haber lugar por ahora á la cancelación de las inscripciones en el Registro de la propiedad que traen causa ó son consecuencia de lo que aparecía en el mismo á favor del expresado D. Cayetano Díaz Trechuelo, Marqués de Villavelviestre; entendiéndose todo ello sin perjuicio del derecho que pueda asistir á los interesados respecto á dicha hacienda y dehesa sobre cualquiera otro extremo, el cual podrán ejercitar en la forma procedente:

Resultando que D. Luis y Doña Matilde Shelly interpusieron recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

1º Por contener el fallo disposiciones contradictorias, el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que prescribe que las sentencias sean claras y precisas, saltando á la vista la contradicción alegada con sólo comparar la primera parte del fallo por la que al desestimar la apelación interpuesta por el Marqués de Villavelviestre se daba por buena

y aun necesaria como ejecución de la sentencia de 14 de Noviembre la posesión dada á la testamentaría del General Shelly de las fincas en cuestión con la parte subsiguiente del mismo fallo en que se quitaba á la testamentaría esa posesión para conferirla á los hijos de D. Ignacio, y como aquella primera parte no era objeto del recurso, la contradicción no podía resolverse sino poniendo en armonía con ella el resto de la sentencia:

2° El art. 926 de la propia ley, con arreglo al cual procedía poner inmediatamente en posesión del que ganó el pleito la cosa inmueble que en virtud de la sentencia debía entregarse; y habiendo mandado la ejecutoria entregar la hacienda de Robaina y la dehesa del Chaparral á la testamentaría del General Shelly, la sentencia de 9 de Junio mandaba, no sólo que no se le diera, sino precisamente que se le quitase para otorgarla á terceras personas:

3° El principio legal de que los pleitos comienzan por demanda y respuesta, principio de que era aplicación el art. 1532 de la misma ley también infringido, y que por virtud de lo dispuesto en el 1443 era aplicable como todos los de la sección en que ambos se hallaban á las tercerías que se interpusieran en los procedimientos para la ejecución de sentencias, pues la tercería era la única forma legal con que podría hacer valer sus derechos de dueño la persona que se considera perjudicada en ellos por la sentencia dictada en un pleito en que no había sido parte:

4° El principio ó doctrina legal de que lo nulo no produce ningún efecto, pues si la adquisición á retroventa hecha en 1869 por el causante de los hijos de D. Ignacio Halcón descansaba en la propiedad que de las fincas retrovendidas tuviera el Marqués de Villavelviestre, de quien aquél las hubo, y la sentencia de 14 de Noviembre de 1881 declaró nulo el título en que se fundara aquella aparente propiedad, mandando devolver tales fincas á aquel cuyas eran y á quien nunca habían dejado de pertenecer legalmente, nunca pudieron ser propias del Marqués de Palomares ni trasmitirlas éste á sus nietos:

5° Los artículos 33 y 34 de la ley Hipotecaria, en cuanto se dejaba de aplicar el primero y aplicaba el segundo sin tomar en cuenta las condiciones que el mismo establecía, pues ordenando el 33 que la inscripción no convalida los actos ó contratos nulos, y cubriendo con su protección el 34 á los terceros que hubieran adquirido de personas que en los Registros aparecían con aptitud para ello, si bien á condición de que hiciera notificar su inscripción á las personas que en los 20 años anteriores hubiesen poseído los mismos bienes, la sentencia había invalidado á favor de los hijos de D. Ignacio Halcón, y en razón á estar inscrita, la adjudicación evidentemente nula hecha por el Marqués de Palomares, de quien ni tenía derecho para ello, y por otra parte se les reconocía la inmunidad del art. 34, sin que hubiera precedido la noticación que el mismo requería como condición indispensable:

6° La cosa juzgada alegada en tiempo y constantemente en el incidente de que se trata, ó fuera la misma sentencia de 14 de Noviembre de 1881, puesta en trámites de ejecución, bastando recordar en cuanto á la existencia de la fracción, que la Sala sentenciadora por uno de sus considerandos declaró de imposible cumplimiento la sentencia, y que en este fallo decretó lo contrario precisamente de lo ordenado por ésta:

7° Por el mismo concepto la ley 19, tít. 22 de la Partida 3ª, relativa á la fuerza de la cosa juzgada, y la doctrina sentada en conformidad á

ella por la sentencia de este Supremo Tribunal de 19 de Diciembre de 1881, conforme á la cual el juicio afinado no puede dejar de cumplirse mientras no recayera también otra sentencia firme por alguna de las causas expresadas en la misma ley; pues la de 9 de Junio dejaba sin efecto la que se dejaba sin cumplir y era ejecutoria, sin que hubiera recaído en el juicio correspondiente otra nueva que la invalidase:

8º La doctrina contenida en las sentencias de 13 y 14 de Mayo de 1868, según las cuales toda sentencia ejecutoria ó pasada en autoridad de cosa juzgada adquiere conforme á la ley fuerza irrevocable entre los litigantes, sus herederos y causa habientes, y como no había duda de que los hijos de D. Ignacio Halcón traían causa en cuanto á las fincas del litigio del Marqués de Villavelviestre, tampoco podía haberla en que les había de perjudicar, así en su día respecto á la propiedad como hoy respecto á la posesión, la sentencia dictada contra dicho Marqués:

9º La ley 20 del mismo título y Partida, que al establecer excepciones de la regla general de que las ejecutorias sólo perjudican á los que han litigado, sienta dos que alcanzaban al contendiente, á saber: la de que perjudicaba al comprador el juicio dado contra el vendedor, caso en que se encontraban los hijos de D. Ignacio Halcón en su carácter de herederos de su abuela respecto del Marqués de Villavelviestre y la relativa al que se encontraba en idénticas condiciones que el que fué condenado por la sentencia; doctrina que explicaba y desenvolvía el fallo de este Supremo Tribunal de 22 de Mayo de 1867, también infringido:

10. Acreditado que la providencia de 18 de Julio de 1882 era conocida de D. Ignacio Halcón en el extremo relativo á cancelación de inscripciones desde el 2 de Agosto, no obstante lo cual no pidió reposición respecto del mismo hasta el día 8 siguiente, el párrafo segundo del artículo 279 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual se entiende notificada la persona que se da por enterada en juicio del proveí lo que se le había de notificar; el 377, que concede cinco días para pedir reposición, y el 312, que declara la caducidad del derecho trascurrido que sea el término improrrogable concedido para ejercitarlo:

11. Los artículos 2º, núm. 1º, 3º, 77 y 79, núm. 3º, de la ley Hipotecaria, pues según los dos primeros era absoluto rigor la inscripción del dominio de la hacienda y dehesa mencionadas á favor de la testamentaría del General Shelly, en virtud de la sentencia ejecutoria que ordenaba su devolución á la misma por nulidad de la venta que de ella se había hecho al Marqués de Villavelviestre; según el 77, esta inscripción extinguía las que apareciesen de las mismas fincas en favor de otras personas, y además con arreglo al núm 3º del 79, procedía la cancelación de estas mismas, anulado por la mencionada sentencia el título que la servía de base y la sentencia recurrida denegaba la cancelación de las inscripciones que traían causa de la del Marqués de Villavelviestre:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

Considerando que no pueden estimarse como infracciones de ley las que bajo tal concepto se alegan en el primer fundamento del recurso, puesto que habiendo sido parte el Marqués de Villavelviestre en el pleito á que puso termino la ejecutoria de cuyo cumplimiento se trata, y siendo completamente extraño á aquel litigio D. Ignacio Halcón, es indudable que la situación de uno y otro varía esencialmente para los efectos de dicha ejecutoria, y por lo tanto que al denegar el auto re-

clamado la pretensión del primero no contradice lo que el mismo ordena respecto al segundo, siendo por lo demás claros y precisos los términos del indicado fallo:

Considerando que éste no infringe el art. 926 de la ley de Enjuiciamiento civil citado en el segundo motivo, pues si bien preceptúa que se ponga inmediatamente en posesión al que ganó en un pleito alguna cosa inmueble, esto se entiende si se halla en poder de quien deba entregarla, con arreglo á la sentencia ejecutoria, y en el caso de autos es innegable que D. Ignacio Halcón ni por sí ni en representación de sus menores hijos fué condenado á la devolución de la hacienda de la Robaina y dehesa del Chaparral por la circunstancia antes expresada de no haber sido parte en el pleito seguido por los hermanos Shelly contra el Marqués de Villavelviestre:

Considerando que tampoco infringe el auto recurrido los artículos 1532 y 1543 de la misma ley de Enjuiciamiento citados en el tercer motivo, ya porque sus disposiciones como puramente formularias no pueden servir de fundamento para la casación en el fondo, según tiene declarado con repetición este Tribunal, ya tambien con referirse expresamente á los casos en que se proceda por embargo ó venta de bienes, de lo cual no se trata de estos autos, sino de dar posesión de unas fincas á quien de derecho corresponda en virtud de los títulos que hoy se tienen á la vista y los asientos que aparecen del Registro de la propiedad, sin perjuicio de lo que haya lugar á resolver en un juicio declarativo:

Considerando que es improcedente la infracción que se alega en cuarto lugar, toda vez que el principio de que lo nulo no produce efecto alguno, es inaplicable á los casos que taxativamente determina el art. 34 de la ley Hipotecaria como excepción de lo prevenido en el 33, cuya disposición tampoco infringe la sentencia impugnada, según pretenden los recurrentes en el quinto motivo, pues si bien el artículo últimamente citado establece que la inscripción en el Registro no invalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes, el siguiente, ó sea el 34, prescribe de un modo terminante que cuando el verdadero dueño del inmueble consiguiese la anulación del derecho con que aparecía en el Registro el que otorgó el acto ó contrato, no se invalidaría éste respecto al tercero que hubiera inscrito con anterioridad su título, cuya circunstancia, por lo que hasta ahora resulta, concurre en los menores Halcón, siendo por lo tanto imposible en el orden legal desposeerlos de las dos mencionadas fincas, sin que antes sean citados, oídos y vencidos en el correspondiente juicio:

Considerando que no son más procedentes los motivos 6° al 9° inclusive fundados en la irrevocabilidad y eficacia de la cosa juzgada, pues si bien este principio es indiscutible, únicamente se refiere á las personas que hayan sido parte en el juicio, sus herederos y causahabientes, cuyo carácter no tiene D. Ignacio Halcón en la representación con que se ha personado en estos autos por haber adquirido á título de compra las fincas de que se trata, y hecho la oportuna inscripción en el Registro de la propiedad:

Considerando que tampoco es de estimar el décimo motivo, en que se establece por base de la infracción alegada la existencia de un hecho que no consta del fallo recurrido, lo cual no puede servir de fundamento legal para la casación, según tiene declarado este Supremo Tribunal:

Considerando, por último, que tampoco puede estimarse el undécimo motivo, porque en él se hace supuesto de la dificultad al consignar como procedente y legal la anulación de la inscripción del dominio hecho á favor de los menores Halcón por consecuencia de la ejecutoria de 14 de Noviembre de 1881, dando á ésta un alcance que la sentencia le niega por la razón fundamental antes expresada de haber sido extraños al juicio dichos menores;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Luis y Doña Matilde de Shelly y Trechuelo, á quienes condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 29 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 31 de Enero de 1884.)

383

Recurso de casación (31 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—CUMPLIMIENTO DE UN CONVENIO.—No ha lugar al interpuesto por D. Enrique Catafal con D. Juan Piferrer (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que el art.* 190 *del reglamento provisional de* 14 *de Enero de* 1873, *se refiere á la administración y realización del impuesto de derechos reales y trasmisión de bienes, y no afectando al fondo de la cuestión debatida en el pleito, es improcedente su cita para determinar la casación que se pretende:*

2° *Que si el fundamento esencial de la sentencia recurrida, en lo que se refiere á la reconvención, único punto objeto del recurso, consistente en que refiriéndose los documentos en que la fundaba el demandado á la justificación de sus derechos para disponer de las aguas de un río, carecían de aplicación al presente caso por tratarse de las de otro, independientes de aquéllas, y contra esta apreciación de la Sala sentenciadora fundada en las pruebas practicadas, y muy especialmente en lo declarado por los Ingenieros de minas, no resulta documento ó acto alguno auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador, cual lo requiere el núm.* 7° *del art.* 1692, *hay que estar á dicha apreciación;*

Y 3° *Que si se hace supuesto de la cuestión para alegar como infringidos el Usatge* omnes causa *y las doctrinas del Tribunal Supremo que establecen que en Cataluña todas las causas y acciones de cualesquiera naturaleza que sean se prescriben por* 30 *años; que cuando se cuestiona sobre aprovechamiento de aguas, antes que las reglas generales deben estimarse los pactos expresos ó los derechos creados por el uso, según el resultado de las pruebas con que se justifique; que derivando el derecho á unas aguas de la posesión inmemorial, no puede tener aplicación el art.* 34 *de la ley de* 3 *de Agosto de* 1866 *que da reglas sobre los derechos futuros, dejando intactos los legítimamente adquiridos con anterioridad; que en materia de uso y aprovechamiento de aguas es doctrina establecida la de que debe respetarse el estado posesorio; y que en materia de aguas debe respetarse el estado posesorio, especialmente cuando descansa sobre la posesión inmemorial, según la juris-*

prudencia admitida por los Tribunales: es improcedente el recurso por estos motivos.

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Diciembre de 1883, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Granollers y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona por Don Juan Piferrer y Soler, representado por el Procurador D. Patricio García Alcañiz y defendido por el Licenciado D. Modesto Llorén con Don Enrique Catafal y Fontcuberta, y en su nombre el Procurador D. Federido Grases, bajo la dirección en el acto de la vista el Doctor D. Manuel Durán y Bas, sobre cumplimiento de un convenio:

Resultando que por escritura otorgada en la villa de Granollers á 25 de Julio de 1616 el Baile general del Real Patrimonio en Cataluña, por cuanto Francisco Catafal venía desde largo tiempo con licencia y facultad de S. M. en posesión de regar las heredades y posesiones que tenía en la parroquia de San Esteban de Vilanova con el agua que discurría por un acueducto del torrente de Vallderío y la riera de Mugent se le ratificó y confirmó, y de nuevo estableció y concedió al dicho Francisco Catafal y los suyos, con el pacto y condición de que había de pagar anualmente el censo anuo de un sueldo, concesión que aceptó D. Francisco Catafal, obligándose á cumplir con el pago que se le exigía; y presentada esta escritura á la oficina de liquidación del impuesto sobre derechos reales en Diciembre de 1879, fué devuelta al interesado por no hallarse el acto que comprendía sujeto al impuesto:

Resultando que D. Juan Catafal, por escritura de cabrevación de 5 de Abril de 1645, reconoció y confesó á favor de S. M. el Rey que tenía por el aprovechamiento y uso de dichas aguas mediante la prestación por razón del censo de un sueldo anual pagadero el día de la Natividad del Señor, y que por haberse pretendido por algunos perturbar ó despojar á D. Ramón Catafal, propietario del manso Catafal, en la posesión de dichas aguas, la Intendencia general del Principado acordó en 19 de Julio de 1793 que se abstuvieran de hacerlo bajo la pena de 200 libras que se les exigía de bienes propios:

Resultando que el Intendente general del Ejército del Principado de Cataluña, en nombre de S. M., y sin perjuicio de tercero, por escritura otorgada en Barcelona á 3 de Diciembre 1796 estableció y concedió en enfitéusis á Doña Josefa Soler y Termens, viuda, y á los que en su derecho la sucediesen, la facultad de usar y valerse privativamente de todas las aguas que nacían en todas las tierras que poseía en las parroquias de San Saturnino de la Roca y San Esteban de Vilanova de la Roca, Corregimiento de Mataró, y que tenía separadas, vecinas todas á la orilla de la riera de Mugent y en un Xaragall que existía en medio de dichas tierras, aplicándolas todas las aguas que hallase para el riego de alguna parte de las citadas tierras, pagando de entrada 100 rs. y de censo anual 10 sueldos, todo moneda de ardites:

Resultando que en 11 de Mayo de 1855 D. Enrique Catafal solicitó en el Juzgado de primera instancia de Granollers que se le recibiera una información sobre los hechos de que por sí y sus antecesores desde tanto tiempo que no había memoria de hombres en contrario había estado en la quieta y pacífica posesión de valerse de todas las aguas que discurrían por el torrente Vallderiolf y por la riera de Mugent, por medio de una mina conducto que las recibía del Gorch den Font y seguía conduciéndolas por la costa de Congostell hasta casa Catafal para

regar sus propiedades; que los que habían pretendido regar de dichas aguas lo habían hecho siempre con el beneplácito de D. Enrique Catafal y sus causantes, y que siempre que éstos querían regar sus propiedades lo hacían, aun cuando otro regase, por el pleno uso y goce que les había competido y competía sobre dichas aguas; y dada la información con 11 testigos que aseguraron los hechos expresados, fué aprobada por el Juez con audiencia del Promotor fiscal:

Resultando que con fecha en Granollers á 20 de Abril de 1864, los consortes D. José Piferrer y Doña Josefa Soler y Doña Quiteria Fontcuberta, viuda de D. Enrique Catafal, como usufructuaria de los bienes del mismo, y tutora y curadora de sus hijos menores, firmaron un proyecto de convenio ó transacción, por el que á fin de evitar un litigio al que podía dar lugar el aprovechamiento de las aguas que naciendo en las tierras del manso Font, propio de la citada Doña Josefa Soler, pasaban por las del manso Congostell, hacia las del manso Catafal, de las cuales se valían los dueños de éste para el riego de una parte de sus tierras, convencidas las partes de que una mina construida en el centro de los mansos Font y Rivas había de producir necesariamente un caudal de agua, que al paso que daría al riego de casa Catafal las condiciones de estabilidad y permanencia de que carecía, dejaría un sobrante que podría utilizar la propietaria Doña Josefa Soler, no pudiendo realizar dicha obra la casa Catafal sin el consentimiento de los consortes Piferrer y Soler, ni éstos sin arrastrar los azares de un litigio, convinieron en la forma y manera de aprovechar dichas aguas:

Resultando que para el aprovechamiento de este convenio había solicitado Doña Quiteria Fontcuberta de Catafal en Julio de 1863 la correspondiente autorización del Juzgado, para lo cual se recibió información de testigos oyéndose el dictamen de tres Letrados y del Procurador fiscal, habiendo sido declarado útil y necesario dicho convenio en auto de 24 de Setiembre:

Resultando que en 29 de Octubre de dicho año 1863, Doña Quiteria Fontcuberta firmó un recibo á favor de D. José y Doña Josefa Piferrer de 222 duros á cuenta de los trabajos que se hacían en la mina que pasaba por el terreno de Congostell, que era la mitad de lo que se tocaba, según la escritura ó compromiso que firmarían para alargar dicha mina hasta cierto punto de terreno de Piferrer; y en 17 de Marzo de 1864 firmó otro recibo de 150 duros por igual concepto:

Resultando que D. Juan Piferrer y Soler acudió en 6 de Junio de 1878 al Juez de primera instancia de Granollers exponiendo: que el dueño y poseedor del manso Font de Vilanova de la Roca por sí y sus causantes se hallaba de tiempo antiquísimo en la pacífica posesión de la alameda de dicho manso, y que acababa de ser despojado por don Enrique Catafal, que había abierto una zanja ó excavación dentro de la alameda del manso en busca de aguas subterráneas; y como tales hechos constituían un verdadero despojo, pidió que previa información se decretaba la restitución con todas sus consecuencias; y dada en efecto por auto de 21 de Junio de 1878 se acordó la restitución con indemnización de daños, perjuicios y costas, habiéndose llevado á ejecución en el mismo día y el siguiente 22:

Resultando que D. Juan Piferrer y Soler dedujo en 15 de Noviembre de 1879 la demanda origen de estos autos para que se declarase que el demandante y D. Enrique Catafal estaban atenidos al cumplimiento

del convenio cuyo borrador acompañó en su demanda, condenando al demandado á firmar la correspondiente escritura pública, y á lo cual se había negado, procediendo también en declararse que los términos ó plazos estipulados en el mismo debían contarse desde el día último del mes en que dicha escritura debía firmarse:

Resultando que con su escrito acompañó en efecto un borrador del citado convenio que tenía por objeto la construcción de una mina continuadora de la que atravesaba el manso Congostell y aprovechamiento de las aguas, consignándose en la relación que se hace de lo que á cada una de las partes pertenecía que D. Enrique Catafal y Fontcuberta tenía inscrita á su favor á título de dueño una heredad llamada manso Catafal, sita en término de Vilanova de la Roca, parte de regadío y parte de secano, manifestando ambos comparecientes que á la parte Norte de la heredad Catafal en lo que de ella mediaba hasta encontrar los mansos primeramente el Font y después el Rivas, existía el manso Congostell, propio de D. Juan Armengol; que dentro de dicho manso Font existía una pequeña laguna ó charco llamada en el dialecto catalán Gorch, del cual manaba cierto caudal de agua que marchaba en dirección al manso Congostell, y atravesándolo desde tiempo inmemorial línea recta hacia el Sur por medio de una mina debidamente construída iba á salir á la heredad Catafal, la cual también atravesaba en la misma dirección por medio de una acequia descubierta, de cuya agua también habían hecho uso desde muchos años los dueños de la casa Catafal para el riego de su heredad antes descrita, y para los demás objetos que habían tenido por conveniente:

Resultando que negando D. Enrique Catafal y Fontcuberta la existencia del convenio á que la demanda se refería, y utilizando la excepción de falta de acción, solicitó que se le absolviera de ella, pretendiendo por vía de reconvención que se dejara sin efecto el auto restitutorio de 21 de Junio de 1878, con declaración expresa de que Catafal tenía derecho á aprovechar y hacer suyas las aguas que derivan por la acequia objeto del interdicto; y que partiendo del Gorch seu Font, y pasando por la alameda de D. Juan Piferrer, y siguiendo por el manso Congostell, las conducía á las tierras del manso Catafal, para cuyo riego estaban destinadas, así como el de practicar todos los trabajos de limpia y excavaciones que fueran menester para la obtención y mantenimiento de dichas aguas, y se condenase al repetido Piferrer, no sólo al reintegro de la cantidad de 663 pesetas 31 céntimos satisfechas por Catafal como costas del interdicto, sino también á indemnizarle todos los daños y perjuicios sufridos por su consecuencia, y al pago de todas las costas; alegando en su apoyo de la reconvención que por sí y sus causantes, como propietario del manso Catafal, tenía derecho al aprovechamiento de todas las aguas de la riera Mogent para el riego de sus tierras, y él y sus antecesores desde tiempo inmemorial y muy anterior al año 1616 habían estado siempre en la continua y pacífica posesión de dichas aguas, como lo acreditaba lo escritura de establecimiento antes referida, el hecho de haber exigido la Intendencia general del Principado en 1793 á los que pretendían perturbar en la posesión de ellos á D. Ramón Catafal que se abstuvieran de hacerlo bajo pena de 200 libras; la escritura de Abril de 1645, en que D. Juan Catafal reconoció y confesó á favor de S. M. que tenía por él el aprovechamiento y uso de dichas aguas mediante la prestación del censo de un sueldo; el pago hecho por Catafal de este censo hasta el año 1861, que fué el último en

que se exigió; la información practicada en 1855 para acreditar la posesión de dichas aguas; el expediente gubernativo que el propio año promovió el Ayuntamiento de la Roca, en méritos del cual declaró la Diputación provincial que dejaba á salvo á favor del propietario del manso Catafal las aguas en cuestión; la circunstancia de tener amillarada una gran extensión de tierras del manso Catafal en concepto de regadío desde muy antiguo y retener los inscritos en el mismo concepto; y por último, la circunstancia de haberse conocido y denominado siempre en la comarca con el nombre de aguas de casa Catafal; que éste y sus causantes se habían valido siempre para la toma y aprovechamiento de tales aguas, y había estado en posesión de una acequia ó zanja que desde el Gorch den Font pasando por una alameda de pertenencia de D. Juan Piferrer y siguiendo luego por el manso Congostell propio de D. Juan Armengol, los conducía al manso Catafal, y la existencia y posesión de esta acequia no sólo era de más de 30, 40 y 50 años, sino que de su conocimiento no había memoria de hombres; que él y sus causantes, en prueba de tales facultades y posesión, habían precedido de continuo y siempre que había sido preciso, por disminución de aguas ú otra circunstancia á la limpia y excavación de la acequia repetida; trabajos que había practicado precisamente Catafal á últimos de Mayo ó primeros de Junio de 1878, sin que variara ni modificara en lo más mínimo su trazado; que alterando estos hechos se había interpuesto demanda de interdicto de recobrar, diciendo D. Juan Piferrer, dueño del manso Font de Vilanova de la Roca, que se hallaba por sí y sus causantes de tiempo antiquísimo en la pacífica posesión de la alameda de dicho manso, y que acababa de ser despojado de ella por D. Enrique Catafal que había abierto una zanja ó excavación dentro de dicha alameda; y que estimado el interdicto se llevó á efecto, dando por resultado que dejara de fluir agua por dicha zanja ó acequia, quedando con ello perturbado Catafal en su derecho y posesión de utilizarla desde tiempo inmemorial, y que además del considerable detrimento que había sufrido por el interdicto se le habían ocasionado perjuicios cuantiosos, tanto por la falta de riego en sus tierras, como por haberse muerto á consecuencia de la misma los árboles de una alameda de su propiedad en la extensión de 10 cuarteras aproximadamente, habiendo por último satisfecho por razón de costas 669 pesetas y 31 céntimos:

Resultando que el demandante en el escrito de réplica impugnó la reconvención alegando que sus causantes tenían varios y legales títulos que les atribuían legítimo derecho á utilizarse de las aguas de la riera Mugent, que ofrecía presentar tan luego como se hallasen á su disposición, á pesar de no tener relación alguna con el actual litigio, como tampoco la tenían los que alegaba el demandado por no tratarse en él de aguas de dicha riera; que Catafal y sus causantes nunca se habían utilizado para el riego de sus tierras de las aguas procedentes de la riera Mugent, así era que aun cuando tuviera tal derecho nunca le habían ejercitado; que era falso que, como afirmaba Catafal, discurrían ni hubieran podido discurrir por la acequia de que se trataba las aguas de la expresada riera, y sí únicamente las que nacían en el mismo Gorch den Font, situado en la alameda de Piferrer y las que nacían en todo el trayecto de la misma acequia que atravesaba dicha alameda, siendo de notar que desde el Gorch den Font á la riera Mugent había la enorme distancia de 176 metros, según se haría constar en el plano

que se acompañaba; que nada tenían que ver las aguas de dicha acequia con las de la riera, siendo aquéllas de propiedad de Piferrer porque nacían en su alameda, y porque en el año de 1796, con escritura de establecimiento, el Intendente del Principado concedió en enfiteusis á sus causantes las aguas que nacían en todas las tierras que poseían en las parroquias de San Saturnino y San Esteban de Vilanova de la Roca y en un Xaragall, actualmente conocido por Gorch den Font que existía en medio de dichas tierras, facultándoles para vender, permutar y disponer libremente de dichas aguas; que era falso que Catafal y sus causantes hubieran procedido á la limpia y excavación de la acequia cuando lo consideraban conveniente, pues siempre se habían opuesto á ello Piferrer y sus causantes, y si alguna vez lo habían ejecutado había sido clandestina y abusivamente; que el auto restitutorio fué procedente por constituir un verdadero despojo los hechos que dieron lugar á él, debiendo aún Catafal indemnizar á Piferrer los daños y perjuicios, para lo cual se reservaba la acción competente; y que aun en el caso de ser ciertos los que Catafal decía haber sufrido á consecuencia del interdicto, ninguna responsabilidad alcanzaría á Piferrer por corresponderle única y exclusivamente la propiedad del agua que discurría por dicha acequia; y terminó reproduciendo la pretensión de su demanda con la petición subsidiaria de que se condenara al demandado á elevar á escritura pública la transacción aprobada por el Juzgado, así como el cumplimiento de la misma, pidiendo en todo caso que se le absolviera de la reconvención deducida por el demandado, con imposición de perpetuo silencio, declarando al mismo tiempo, y caso de no estimarse la demanda en ninguno de los dos indicados conceptos, ser de la exclusiva propiedad de D. Juan Piferrer las aguas que nacían y fluían en el Gorch den Font y en toda la acequia que atravesaba la alameda del mismo:

Resultando que suministrada prueba por las partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia en 12 de Enero de 1881 absolviendo á Don Enrique Catafal y Fontcuberta de la demanda interpuesta contra el mismo por D. Juan Piferrer y Soler, y á éste de la reconvención utilizada por aquél al contestarla, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que apelada esta sentencia por el demandado D. Enrique Catafal, en cuanto á la reconvención que había utilizado, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona la confirmó con las costas en 11 de Febrero de 1882, en la parte que había sido apelada:

Resultando que D. Enrique Catafal y Fontcuberta interpuso recurso de casación, alegando:

1º Que al admitir en autos la escritura de establecimiento de 3 de Diciembre de 1796, en que Piferrer había apoyado su excepción, por la cual se concedieron en enfiteusis á sus causantes las aguas que nacían en todas las tierras que poseía en las parroquias de San Saturnino y San Esteban de Vilanova de la Roca y en un Xaragall que hoy se suponía ser el Gorch den Font, se había infringido el art. 190 del reglamento provisional de 14 de Enero de 1873, según el cual no se admitirán por los Juzgados, Tribunales ordinarios y especiales, ni por las oficinas y Corporaciones del Municipio, de la provincia ó del Estado, documento en que no conste haber pagado el impuesto de derechos reales y trasmisión de bienes, ó la nota de exención, si por ellos se constituyen, trasmiten, reconocen, modifican ó extinguen derechos ó bienes inmuebles, muebles ó semovientes, perpetua, indefinida, tem-

poral, revocable ó irrevocablemente, devolviendo los Juzgados y Tribunales, oficinas y Corporaciones á los interesados los documentos que se presenten como otorgados, sin los requisitos que las leyes exigían, y no permitirán que quede de ellos testimonio, copia ni extracto en los expedientes administrativos ó judiciales, dando conocimiento de ellos á la Administración económica respectiva, toda vez que el citado documento no contenía la nota que prescribía dicho artículo:

2° Que Catafal había acreditado el derecho y aprovechamiento de todas las aguas de la riera de Mugent para el riego de las tierras del manso Catafal por medio de la escritura de establecimiento de 25 de Julio de 1616, de la de cabrevación de 5 de Abril de 1845 y de la certificación expresiva de una información judicial practicada en Granollers en el año de 1855, ó fuera 24 años antes de promoverse la cuestión de autos; que en la sentencia se suponía que las aguas de la riera Mugent no eran las mismas de las del Gorch den Font, y sin embargo cuatro testigos, tres de ellos peritos, acreditaban lo contrario, y demostrado esto en el pleito, había habido error de derecho en la apreciación de la prueba, cuando se había negado á Catafal el derecho á las aguas de que se trataba como procedentes del río Mugent, procediendo por tanto el recurso en virtud de lo establecido en el núm. 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en la doctrina de jurisprudencia consignada en la sentencia de este Supremo Tribunal de 11 de Abril de 1872:

3° Que Catafal había justificado plenamente que desde tiempo inmemorial, sin que hubiera recuerdo de hombres en contrario, había regado sus tierras en las aguas del manso Font, que pasaban por la acequia que desde él atravesaba el manso Congostell hasta llegar al manso Catafal; que la sentencia suponía que Catafal no había justificado el dominio que reclamaba sobre las aguas y acequia del Gorch den Font, al propio tiempo que reconocía en el considerando 9° que tanto en el proyecto de transacción objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria, como en las bases consignadas en el borrador del folio 1°, se hacían por las partes concesiones espontáneas de sus respectivos derechos á utilizar las aguas del Gorch, las que combinadas con la declaración de varios testigos que atribuían posesión y facultad de disponer de ellas al demandante y otros al demandado, aparecía indudable que éste y aquél tenían derecho á su disfrute, aunque de un modo que no se hallaba bien puntualizado, por no haberse llevado á cabo la transacción proyectada; que también aquí se había cometido error de hecho que se demostraba con documentos, y entre otros con cuatro producidos por D. Juan Piferrer, cuales eran el borrador del convenio entre dicho Piferrer y Catafal, el proyecto de convenio, y que debiendo otorgarse entre los consortes D. José Piferrer y Doña Josefa Soler, padres de D. Juan Piferrer, y Doña Quiteria Fontcuberta, madre de D. Enrique Catafal, se instruyó en 1863 ante el Juzgado de Granollers; un recibo firmado en 29 de Octubre de 1873 por Doña Quiteria Fontcuberta, y otro de la misma de 17 de Marzo de 1864 á favor ambos de los consortes D. José Piferrer y Doña Josefa Soler, siendo evidente en virtud de estos documentos el error de hecho padecido en la apreciación de la prueba y procedente el recurso de casación, según la disposición legal y jurisprudencia citadas en el número anterior:

4° Que si quedaba acreditada la posesión inmemorial del derecho de utilizar las aguas del Gorch den Font con destino al riego de las tierras del manso Catafal, se había debido declarar procedente en todos los ex-

tremos que abrazaba la reconvención propuesta por Catafal al contestar la demanda de D. Juan Piferrer, y no haciéndolo se había infringido el Usatge *omnes causæ* comprendido en el tít. 2°, lib. 7°, volumen 2° de las Constituciones de Cataluña, y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal reiterada en diversas sentencias, entre ellas, en las de 23 de Setiembre de 1864, 30 de Diciembre de 1867 y 14 de Enero de 1871, según la cual en Cataluña todas las causas y acciones de cualesquiera naturaleza que sean se prescriben por 30 años:

5° Y resultando, además, acreditada la prescripción inmemorial por los documentos anteriormente mencionados, y aun por las respuestas bajo juramento de D. Juan Piferrer, de que cuando Catafal propuso la reconvención estaba en posesión del derecho de regar las tierras de su manso con las aguas del Gorch den Font, que pasaban por el manso Congostell y atravesaban el llamado Catafal, al reconocer la sentencia el derecho del recurrente al aprovechamiento de las aguas que fluían del Gorch den Font, el de la limpia y escavación de la acequia, y al del reintegro de las costas del interdicto, había infringido la sentencia de este Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1866, en que se establece que cuando se cuestiona sobre aprovechamiento de aguas, antes que las reglas generales deben estimarse los pactos expresos á los derechos creados por el uso, según el resultado de las pruebas con que se justifique; la de 20 de Mayo de 1871, en que se declara que derivando el derecho á unas aguas de la posesión inmemorial, no podía tener aplicación el art. 34 de la ley de 3 de Agosto de 1866 que da reglas sobre los derechos futuros, dejando intactos los legítimamente adquiridos con anterioridad; la de 1° de Marzo de 1872, que dice que en materia de uso y aprovechamiento de aguas es doctrina establecida por este Supremo Tribunal la de que debe respetarse el estado posesorio, y la de 30 de Junio del propio año, que establece que en materia de aguas debe respetarse el estado posesorio, especialmente cuando descansa sobre la posesión inmemorial, según la jurisprudencia admitida por los Tribunales:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Alejandro Benito y Avila:

Considerando que el reglamento provisional de 14 de Enero de 1873, cuyo art. 190 se supone infringido en el primer motivo del recurso, se refiere á la administración y realización del impuesto de derechos reales y trasmisión de bienes, y no afecta por consiguiente al fondo de la cuestión debatida en este pleito, por cuyo motivo es improcedente para determinar la casación que se pretende:

Considerando, en cuanto al segundo y tercero, que el fundamento esencial de la sentencia recurrida en lo que se refiere á la reconvención, único punto objeto del presente recurso, consistente en que refiriéndose los documentos en que lo fundaba el demandado á la justificación de sus derechos para disponer de las aguas del río Mugent, carecían de aplicación al presente caso por tratarse de las de Gorch den Font independientes de aquéllas, y contra esta apreciación de la Sala sentenciadora fundada en las pruebas practicadas, y muy especialmente en lo declarado por los Ingenieros de minas no resulta documento ó acto alguno auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador, cual lo requiere el núm. 7° del art. 1692, y es por lo tanto igualmente improcedente el recurso por dichos dos motivos:

Considerando respecto al cuarto y quinto, que se hace supuesto de la cuestión para alegar como infringidos el *Usatge omnes causæ* y doc-

trinas establecidas en las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en dichos motivos, porque se da como acreditada la posesión y prescripción inmemorial del recurrente en el derecho de utilizar las aguas del Gorch den Font, cuando la sentencia recurrida determina, como antes se ha dicho, que los documentos presentados por el recurrente se refieran á sus derechos sobre las aguas del río Mugent, independientes de aquéllas, y es por consiguiente improcedente el recurso por estos dos motivos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Enrique Catafal y Fontcuberta, á quien condenamos á la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuirá con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Barcelona la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento y de los documentos que ha remitido.—(Sentencia publicada el 31 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Febrero de 1884).

384

Recurso de casación (31 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—REIVINDICACIÓN DE BIENES.—No ha lugar al interpuesto por Don Santiago y D. Julián Checa con D. Ignacio Martínez Checa (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

1° *Que los «fueros municipales y fueros de la tierra» á que hacen referencia las leyes 1ª y 6ª de Toro, son los cuadernos ó cuerpo de leyes concedidos á alguna ciudad, villa ó lugar para su gobierno y administración de justicia; y si el recurrente no ha probado, á juicio de la Sala sentenciadora, que la villa de la Frontera hubiese recibido el fuero de Sepúlveda, ni al tiempo de su creación ni en alguna de las diversas épocas que fué extendido á otros pueblos y confirmado por distintos Reyes, no se infringen dichas leyes por la sentencia que así lo declara;*

Y 2° Que si apreciadas en conjunto por la Sala sentenciadora las pruebas suministradas, contradictorias entre sí, ha estimado que no ya el fuero de Sepúlveda tal como fué concedido, adicionado y confirmado por la autoridad legítima, pero ni el derecho de troncalidad ha sido observado en la Frontera, con las circunstancias y constante uniformidad que fuera necesario para que conforme á las leyes 5ª y 6ª, tít. 2°, Partida 1ª, el uso y costumbre debiese anteponerse á la legislación común relativa á la sucesión testada é intestada de padres é hijos; tampoco se infringen dichas leyes por no aplicarlas.

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Priego y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por D. Santiago y D. Julián Checa Rebenaque y D. Abdón Mayordomo y D. Sergio Rebenaque, como maridos respectivamente de Doña María y Doña Vicenta Checa, labradores todos y vecinos de la villa de la Frontera, con D. Ignacio José Martínez Checa, labrador de la misma vecindad, como tutor y curador de los menores D. Antonio, D. Santiago y Doña Damiana Rebenaque Checa, sobre reivindicación de bienes raíces; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de

ley interpuesto por el Doctor D. Enrique García Alonso y el Procurador D. Juan Guerrero y Brea en defensa y representación de los demandantes; habiendo sido defendidos y representados en este recurso los demandados por el Licenciado D. Manuel Sánchez Martín y el Procurador D. Mauricio Castañares:

Resultando que D. Santiago Checa Rebenaque, en unión de los demás que con él litigan, dedujeron en 27 de Enero de 1881 la demanda civil ordinaria que ha dado origen al presente pleito, en la que establecieron los siguientes hechos: que Doña María Checa, vecina que había sido de la villa de la Frontera, estuvo casada con D. Eusebio Rebenaque, de cuyo matrimonio nació Doña Lucía, que heredó á su madre y falleció sin dejar sucesión, pasando los bienes que de su madre había heredado á su padre; que éste contrajo segundo matrimonio, del que dejó á su fallecimiento, ocurrido en 16 de Abril de 1880, tres hijos llamados D. Santiago, D. Antonio y Doña Damiana, los que representados por su tutor y curador D. Ignacio José Martínez, se habían incautado y estaban en posesión de todos los bienes que su padre poseía incluso de los raíces procedentes de su primera mujer Doña María Checa; que en la villa de la Frontera, en cuyo término municipal radican dichos bienes, es usado y guardado de tiempo inmemorial el fuero de Sepúlveda en la parte relativa á la sucesión de los ascendientes respecto de sus descendientes, con la circunstancia de quedar por costumbre al padre ó madre supérstite los bienes todos del hijo en usufructo, sin tener en consideración las distinciones del fuero, ni si el padre es ó no pobre; que los demandantes constituyen ó representan el tronco de la familia de donde proceden los bienes heredados por Lucía de su madre Doña María Checa, y poseídos después por el padre D. Eusebio; y que la observancia de tal fuero era un hecho público y notorio, y como tal constaba al tutor de los menores hijos de D. Eusebio, porque á la muerte de éste dijo á los demandantes que ya sabía que tenían que recibir los bienes procedentes de Doña María Checa, de cuya creencia participaba también el difunto D. Eusebio, como lo probaba el hecho de haberles ya entregado una finca de dicha procedencia, diciéndoles que toda vez que á muerte la habían de recibir, le era igual dársela en vida porque no le hacía falta; é invocando como fundamentos de derecho la ley 3ª, tít. 2°, libro 10 de la Novísima Recopilación, en virtud de la cual el fuero de Sepúlveda tiene fuerza legal en los pueblos en donde fuere usado y guardado; el texto de dicho fuero según consta de la traducción hecha y conservada en la villa de Yébenes; el que este orden de suceder no es contrario al derecho común, ni está derogado por él, sino que es una excepción sancionada por la ley 6ª de Toro, que es la ley 1ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, y el que los frutos pendientes ó no percibidos al terminar el usufructo no son del usufructuario ó sus herederos, sino del propietario, solicitaron se condenase en definitiva á D. Ignacio José Martínez, como tutor y curador de los susodichos menores D. Antonio, D. Santiago y Doña Damiana, á la entrega de todos los bienes raíces que Doña Lucía Rebenaque adquirió de su madre Doña María Checa en la forma en que estaban al terminar el usufructo, y no ser esto posible á la indemnización del valor de los frutos y barbechos:

Resultando que D. Ignacio José Martínez contestó la demanda en la indicada representación con que litiga, reconociendo como ciertos los hechos en ella asentados excepto el relativo á que el fuero de Sepúlve-

da hubiese sido concedido á la villa de la Frontera, afirmando que no es costumbre en esta localidad tornar los bienes al tronco y la raíz á la raíz, é invocando como fundamentos de derecho la ley 6ª de Toro, en la parte en que establece que los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha sucedan *ex testamento* y abintestato á sus descendientes, en caso que éstos no tengan hijos ó descendientes legítimos, por lo que D. Eusebio Rebenaque había sido el único y universal heredero de su hija Lucía, y la misma ley y la 3ª, tít. 13, Partida 6ª, que señalan los grados y líneas de parentesco para la sucesión, llamando en primer término á los descendientes, por lo cual los menores demandados heredaron los bienes de su padre:

Resultando que á petición de los demandantes, y como medio de prueba, se trajo á los autos un testimonio de diferentes particulares de un pleito seguido en el año 1787 entre José Cañizares y otros con albaceas de D. Martín Checa por razón de los bienes que un hijo de éste había heredado de su madre Doña Ana María Checa, entre cuyos particulares se encuentra la parte dispositiva de la sentencia que en él recayó, en la que se declaró probado el uso en aquella villa de la Frontera del fuero de Sepúlveda en las sucesiones abintestato de los ascendientes á sus descendientes, aunque alterado en cuanto se deja al padre el usufructo de toda la raíz del hijo que así muera, y otro testimonio sacado del pleito iniciado en 1850 por D. Remigio Checa y otros contra D. Tomás Galdrán sobre derecho á los bienes raíces troncales, sitos en el término de la Frontera y quedados al fallecimiento de Doña Marcela Checa, del que resulta que el Ayuntamiento de dicha villa informó diciendo que en aquel pueblo se había observado puntualmente el fuero de volver los bienes al tronco del que muere sin testar aun cuando tenga ascendientes, que sólo heredan vitaliciamente y la propiedad los parientes más próximos de aquella cualidad troncal; que en igual sentido declararon diferentes testigos, y que en el fallo que recayó se adjudicaron los bienes á los demandantes por consecuencia de la declaración que se hizo de estar el pueblo de la Frontera en el uso y goce del fuero de Sepúlveda en las sucesiones abintestato con la costumbre ó modificación del usufructo vitalicio en los ascendientes respecto de sus descendientes, y por ambas partes litigantes se hizo uso también de la prueba testifical con objeto de demostrar si se halla ó no en uso el indicado fuero en la villa de la Frontera:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete dictó sentencia en este pleito en 14 de Febrero próximo pasado absolviendo á D. Ignacio José Martínez Checa, como tutor y curador de los menores D. Esteban, D. Santiago y Doña Damiana Rebenaque, de la demanda interpuesta por D. Santiago y D. Julián Checa, D. Abdón Mayordomo y D. Sergio Rebenaque:

Resultando que previo depósito de 1.000 pesetas para los efectos legales correspondientes interpusieron D. Santiago Checa y Rebenaque y litis-socios recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, fundado en los siguientes motivos:

1° En que al desestimar la demanda por no haberse probado, según la sentencia, la concesión del fuero de Sepúlveda al pueblo de la Frontera se han infringido las leyes 1ª y 6ª de Toro, que no exigen que sea menester probar la concesión de un fuero para que se aplique:

2° En que al fundar dicha absolución en que, aun estando probado el uso y observancia del fuero de Sepúlveda en el pueblo de la Fronte-

ra no es este uso y observancia el que exige la ley, se incurre en error de derecho; porque se supone que los testimonios que se han traído á los autos de las sentencias recaídas en pleitos tramitados en 1788 y 1850 así como la prueba testifical practicada respecto al orden común y general de suceder en aquel pueblo, no constituye el uso y observancia que las leyes 1ª y 6ª de Toro exigen, y se infringen estas dos leyes que hablan cabalmente del uso en los lugares donde se trate de aplicar el fuero, y no requieren declaraciones doctrinales de este Tribunal Supremo:

3° En el error de hecho que resulta de la apreciación de las pruebas, puesto que en la sentencia dictada en el pleito seguido en 1787 de la que se trajo testimonio á los autos, se declara terminantemente probado el uso en la villa de la Frontera del fuero de Sepúlveda, aunque corrompido en la parte relativa al usufruto, lo mismo se declara en el auto definitivo que puso término al pleito del año 1850, y lo propio sucede con la prueba testifical practicada respecto á varias sucesiones particulares, en las que por no haberse suscitado el pleito no pudo recaer sentencia ni decisión judicial;

Y 4° En que en todo caso resultan infringidas las leyes 5ª y 6ª, tít. 2°, Partida 1ª, que definen la costumbre y su fuerza y poderío que llega hasta el punto de derogar la ley, según ha declarado este Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Setiembre de 1860, puesto que habiéndose probado por los testimonios de las sentencias de 1787 y 1850, y por las informaciones testificales que es costumbre inveterada é inmemorial en el pueblo de la Frontera la de la sucesión troncal, y habiéndose justificado que se han dado consejeramente dos juicios, se ha debido fallar este pleito con sujeción estricta á esa costumbre:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia no infringe las leyes citadas en los motivos 1° y 2° del recurso en los conceptos que las sirve de fundamento, porque los «fueros municipales y fueros de la tierra» á que dichas leyes hacen referencia, son los cuadernos ó cuerpo de leyes concedidos á alguna ciudad, villa ó lugar para su gobierno y administración de justicia, y el recurrente no ha probado á juicio de la Sala sentenciadora que la villa de la Frontera hubiese recibido el fuero de Sepúlveda, ni al tiempo de su creación ni en alguna de las diversas épocas que fué extendido á otros pueblos y confirmado por distintos Reyes:

Considerando que tampoco contiene la sentencia el error de hecho en la apreciación de las pruebas que el recurso le atribuye en el tercer fundamento, ni infringe las leyes de Partida citadas en el cuarto, porque apreciadas en conjunto por la Sala sentencia las pruebas suministradas contradictorias entre sí, ha estimado que no ya del fuero de Sepúlveda tal como fué concedido, adicionado y confirmado por la autoridad legítima, pero ni el derecho de troncalidad ha sido observado en la Frontera con las circunstancias y constante uniformidad que fuera necesario para que conforme á las citadas leyes de Partida el uso y costumbre debiese anteponerse á la legislación común relativa á la sucesión testada é intestada de padres é hijos;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Santiago y D. Julián Checa Rebenaque y D. Abdón Mayordomo y D. Sergio Rebenaque estos dos últimos en el concepto en que litigan, á quienes condenamos al pago de las costas y pérdida del depósito de 1.000 pesetas, que han constituido,

que se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese á la Audiencia de Albacete la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 31 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Febrero de 1884.)

385

Recurso de casación (31 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES DE UNA CAPELLANÍA.—No ha lugar al interpuesto por Doña Francisca Fernández Gordo con D. Domingo Vidal Romero (Audiencia de Cáceres), y se resuelve:

Que así el núm. 2° como el 3° del art. 1692 *de la ley de Enjuiciamiento civil, se refieren á las pretensiones* oportunamente *deducidas por los litigantes en el pleito, no á las que se deducen extemporáneamente.*

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Diciembre de 1883, en el pleito seguido en el Juzgado de primera instancia de Hoyos, y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres por D. Domingo Vidal Romero, como marido de Doña Olaya Redondo, á quien ha venido á sustituir su legítimo descendiente D. Hermógenes Vidal Redondo, vecino de Cilleros, propietario, con D. Marcelino Gordo, como marido de Doña Eugenia Pérez, y por defunción de ésta Doña Francisca Fernández Gordo, de la misma vecindad, sobre adjudicación de los bienes dotales de una capellanía familiar colativa; pendiente en este Tribunal Supremo en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Licenciado D. Luis Felipe Aguilera y el Procurador D. Juan Antonio Asensio, en defensa y representación de Doña Francisca Fernández, no habiendo comparecido la parte recurrida:

Resultando que en 28 de Octubre de 1841 acudió D. Domingo Vidal Romero, en representación de su mujer Doña Olaya Redondo, al Juzgado de primera instancia de Hoyos con la solicitud de que se declarase vacante la capellanía fundada en la iglesia parroquial de Cilleros por Alonso Hernández Asensio y su mujer María Mateos, y se le confiriera su posesión, sin perjuicio de tercero que pudiese acreditar mejor derecho, con los frutos desde la publicación de la ley de 1° de Agosto de 1841:

Resultando que publicados los edictos de emplazamientos prescritos en la ley, en 19 de Noviembre del mismo año se presentó como opositor á los bienes de la capellanía D. Marcelino Gordo, en representación de su mujer Doña Eugenia Pérez; y terminado el periodo de prueba, acordó el Juzgado en providencia de 10 de Febrero de 1882 que se entregasen los autos á las partes haciendo el resumen de las pruebas; y sin que resulte de los autos que se hiciesen oposición alguna á este proveído, evacuaron las partes dicho traslado; y mandados llevar los autos á la vista para sentencia, acordó el Juzgado para mejor proveer que fuesen cotejadas con sus originales ciertas partidas sacramentales, y que se trajese un testimonio de la fundación:

Resultando que cumplimentado este auto dictó sentencia el Juez declarando el preferente derecho de D. Hermógenes Vidal Redondo, heredero de Doña Olaya Redondo, para obtener en propiedad los bienes

dotales de la capellanía de que se trata, en oposición á Doña Francisca Fernández Gordo, causahabiente de los derechos de D. Marcelino Gordo, y Doña Eugenia Pérez, con los demás pronunciamientos consiguientes:

Resultando que remitidos los autos á la Audiencia de Cáceres en virtud de apelación que interpuso Doña Francisca Fernández Gordo, se sustanció la alzada, y en el acto dé la vista solicitó la defensa de la apelante que se declarase la nulidad de todo lo actuado desde la providencia de 3 de Febrero de 1882, en que se mandó implícitamente que se siguiese sustanciando el pleito con arreglo á los trámites de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, sin que se hubiese pretendido tal cosa por las partes; y si á esto no había lugar, que se dejase sin efecto el auto que el Juzgado había dictado para mejor proveer en cuanto mandó que se cotejasen con sus originales algunas de las partidas sacramentales traídas al pleito:

Resultando que la Sala de lo civil de la Audiencia de Cáceres dictó sentencia en 24 de Febrero próximo pasado revocando la dictada por el Juez de primera instancia y declarando no haber lugar á adjudicar la propiedad de los bienes dotales de la capellanía á ninguna de las dos partes opositoras, por no haber probado su parentesco con los fundadores:

Resultando que á nombre de Doña Francisca Fernández y Sánchez se interpuso recurso de casación fundado en los siguientes motivos:

1º En que en el hecho de no resolver nada el fallo recurrido acerca de la nulidad de todo lo actuado desde la providencia de 10 de Febrero de 1882, que pretendió la recurrente en el acto de la vista celebrada en la segunda instancia, ha infringido el art. 3º del decreto de 3 de Febrero de 1881, y el 359 de la ley de Enjuiciamiento civil hoy vigente por no haber sido aplicados como procedía al presente caso, y el 1696 de esta última ley como indebidamente aplicado;

Y 2º Porque no resolviendo la Sala sentenciadora cosa alguna con relación á la pretensión que dedujo esta parte en el mismo acto de la vista de la segunda instancia de que se declarara nulo y se dejase sin efecto el auto que el juzgado había dictado para mejor proveer, resultan infringidos el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil y el 48 de la antigua, que no consienten á los Jueces que manden practicar para mejor proveer todas las diligencias que les plazca, sino que reduce sus facultades y su iniciativa á ciertas diligencias concretas y determinadas:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Raimundo Fernández Cuesta:

Considerando que las actuaciones judiciales en que apoyó la pretensión de nulidad la parte hoy recurrente pertenecen todas á la primera instancia, siendo ambas anteriores á la sentencia pronunciada por el Juzgado, y que ni ante éste ni tampoco en el período de instrucción de la segunda instancia se hizo reclamación alguna, deduciéndola tan sólo en el acto de la vista:

Considerando que así el núm. 2º como el 3º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que se apoya el recurso, se refieren á las pretensiones *oportunamente* deducidas por los litigantes en el pleito, no á las que, como la petición de nulidad de que se trata, se deducen extemporáneamente:

Considerando que á mayor abundamiento la Sala sentenciadora

desestimó implícitamente esta pretensión, exponiendo en los considerandos de la sentencia las razones que había para ello, y limitando el fallo á corregir al Juez de primera instancia;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Francisca Fernández y Sánchez, á quien condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia de Cáceres la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.—(Sentencia publicada el 31 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Febrero de 1884).

386

Recurso de casación (31 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Rescisión de un contrato de seguro.—Ha lugar al interpuesto por D. Mariano González Dueñas con la Sociedad *El Fénix Español* (Audiencia de Madrid), y se resuelve:

1° *Que realizada en virtud del convenio de* 14 *de Mayo de* 1879 *la reunión de las carteras, ó lo que es igual del fondo de recursos y créditos pertenecientes á las antiguas Sociedades de seguros La Unión y El Fénix Español; variada la razón social, fijado el capital de nueve millones de pesetas, diferente del que aquéllas tenían, y acordado que estuviese representado por determinado número de acciones que se repartirían en proporción á los valores que cada una de las dos Compañías aportase para la formación del activo, es evidente que desde* 1° *de Julio de dicho año en que semejantes hechos tuvieron lugar por voluntad de los accionistas de La Unión y El Fénix Español, se constituyó una nueva Sociedad, como lo demuestra su mismo nombre, que corresponde á una sola entidad jurídica, y de ningún modo á dos:*

2° *Que á mayor abundamiento las cláusulas* 7ª *y* 15 *del convenio, en las que literalmente se establece que con sus respectivas carteras de seguros contra incendios, seguros marítimos y sobre la vida y con su material útil concurren las dos Compañías á formar un solo activo social, y que es de cuenta de la Compañía reunida tanto las primas que vencieran desde la hora designada en la cláusula* 1ª, *como la liquidación y pago de los siniestros que ocurriesen, no permiten dudar de que en el citado día* 1° *de Julio por la fusión de La Unión y El Fénix Español nació la sociedad que existe hoy, sin que pueda desvirtuarse la fuerza legal de este hecho ni por el idéntico objeto de la especulación, ni por la continuación de distintos delegados ó representantes, ni por ninguna otra circunstancia de carácter administrativo ó económico, porque todo tiene que referirse á las operaciones de seguros de incendios y marítimos que las antiguas Compañías verificasen con anterioridad á la mencionada fecha, puesto que las posteriores á ella se realizan exclusivamente según el convenio, por cuenta, cargo y riesgo de la nueva Sociedad:*

3° *Que por consecuencia de lo expuesto, ha existido verdadera novación, y hay disparidad entre el presente caso y el resuelto por la sentencia de* 30 *de Diciembre de* 1882 *que decidió el recurso que había celebrado un contrato de seguro con La Unión, cuya sentencia se fundó principalmente en la cláusula* 19 *del convenio, por la cual se compro-*

metieron terminantemente los accionistas de La Unión á seguir siendo responsables del cumplimiento de las pólizas vigentes desde 1° de Julio hasta la espiración de las mismas para con aquellos asegurados que no aceptasen la sustitución de personalidad y garantía de la nueva razón social:

4° Que no siendo aplicable dicha cláusula á El Fénix Español, cuyos accionistas no han contraído igual obligación respecto de los asegurados que no se conformasen con el convenio, y no habiendo aceptado expresa ni tácitamente el recurrente, la subrogación de la nueva Compañía en lugar de la de El Fénix Español, *con la que él había contratado, tiene derecho á obtener la rescisión de un contrato desde 1° de Julio de* 1879 *y el reintegro de las cantidades que después de esta fecha se le han exigido por razón del seguro;*

Y 5° Que por lo tanto la sentencia recurrida al absolver de la demanda á la Compañía demandada, infringe el art. 263 *del Código de Comercio y la ley* 15, *tít.* 14, *Partida* 5ª.

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Diciembre de 1883, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito del Congreso y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia del territorio por D. Mariano González Dueñas, del comercio, vecino de esta capital, representado por el Procurador D. Felipe Cano, bajo la dirección del Licenciado D. Federico Arrazola, con la Sociedad *Fénix Español*, hoy *La Unión y El Fenix Español*, domiciliada en esta corte, representada y defendida por el Procurador D. Francisco Sánchez Morayta y el Licenciado D. Tomás María Mosquera sobre rescisión de un contrato de seguro:

Resultando que en junta celebrada por el Consejo de administración de la Compañía El Fénix Español en 14 de Mayo de 1879, se dió cuenta del convenio formulado por la comisión mixta de las Compañías La Unión y El Fénix, en el que por sus artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° se proponía la reunión de las carteras de las operaciones de ambas desde 1° de Julio de aquel año, bajo la denominación de La Unión y El Fénix Español, Compañía de Seguros reunidos, rigiéndose por los estatutos de El Fénix, previamente modificados, con un capital de nueve millones de pesetas, representado por 36.000 acciones de 250 pesetas, repartidas entre ambas Compañías en proporción á lo que cada una aportase al activo de la reunida: en el séptimo artículo se estableció que concurrían ambas á aquel activo con sus respectivas carteras de seguros contra incendios, seguros marítimos y sobre la vida á prima fija, con su material útil, y El Fénix con su activo líquido y con su mobiliario: en el art. 15 se consignó que sería de cuenta, cargo y riesgo de la Sociedad reunida las firmas vencederas y los siniestros abonables desde la hora fijada en el art. 1°; y por el 19 se determinó que los accionistas de La Unión quedaban responsables al cumplimiento de las pólizas vigentes al 1° de Julio hasta la espiración de las mismas para aquellos asegurados que no aceptasen la sustitución de personalidad y garantía de la nueva razón social; dicho convenio fué aceptado también por el Consejo de administración de la Compañía, y aprobado en juntas generales de accionistas de ambas celebradas en 30 de dicho mes de Mayo y en 17 de Junio siguiente:

Resultando que en 6 de Enero de 1880 se otorgó escritura por dos accionistas nombrados al efecto, en junta general celebrada en 15 de

Diciembre de 1879 por los que componían la Sociedad La Unión y El Fénix Español, Compañía de seguros reunidos, por cuya escritura se reformaron los estatutos de esta Sociedad consignados en otra de 19 de Julio del mismo año, conforme á lo resuelto en la precitada junta general de accionistas; determinándose en esta reforma que la Sociedad El Fénix continuaria rigiéndose por las prescripciones de la ley de 19 de Octubre de 1869 y demás vigentes en la materia, bajo la denominación de La Unión y El Fénix Español, Compañía de seguros reunidos, dedicada á la explotación de seguros contra incendios marítimos y sobre la vida, por 99 años, con un capital de nueve millones de pesetas representado por 45.000 acciones de 200 pesetas; y que se disolvería forzosamente si llegasen á perderse las dos terceras partes de este capital:

Resultando que en 3 de Mayo de 1881, D. Mariano González Dueñas interpuso demanda contra la Compañía de seguros El Fénix Español, hoy El Fénix Español y La Unión, en la que expuso que en 19 de Enero de 1875 contrató con la Compañía el Fénix Español por la cantidad de 10.000 pesetas el seguro de su mobiliario, ropas, adornos y efectos de su habitación, y habiendo variado de domicilio se hizo así constar en suplemento de póliza fecha 14 de Octubre del mismo año; que González Dueñas vinó pagando puntualmente las primas convenidas y ampliando las obligaciones contraídas, hasta que supo por un anuncio inserto en la *Gaceta* que las juntas generales de accionistas de las Compañías El Fénix y La Unión habían acordado funcionar reunidas desde 1° de Julio de 1879, bajo la denominación de ambos títulos; que aprobado por las Compañías se firmó un convenio privado formalizando la fusión, el cual vino á novar sin consentimiento de los asegurados los contratos de seguro celebrados, trasfiriendo á una nueva Compañía los derechos y obligaciones que para cada una resultaban de tales contratos; que formalizada la fusión, ambas Compañías hicieron entrega á la nueva de sus carteras y de todas las pólizas y documentos; que invitado González Dueñas para el canje de su póliza, se negó á él y á pagar la prima por conceptuar que el Fénix había dejado de existir, y por no merecerle confianza la nueva Compañía que había tomado sobre sí la cartera y negocios de La Unión, que según la memoria referida se hallaba en una situación deplorable; que El Fénix demandó en Abril de 1880 á González Dueñas en juicio el pago de la prima anual de seguro y fué condenado á él; que según el art. 329, núm. 1° del Código de Comercio, las Compañías mercantiles se disuelven totalmente acabada la empresa objeto de su producción, en cuyo caso se halla El Fénix desde 1° de Julio de 1879; que disuelta una Sociedad de seguros carece de acción para reclamar de los asegurados el pago de primas sucesivas; que la fusión de dos Compañías en una nueva implica una novación de los contratos por aquéllas celebrados, y esta novación no tiene fuero de obligar á los que con ellas contrataron cuando niegan expresamente su consentimiento, debiendo declararse rescindidos los contratos que se encuentran en estas circunstancias; por todo lo que, y ejercitando acción personal, pidió se declarara rescindido desde 1° de Julio de 1879 el contrato de seguro celebrado entre el demandante y la Compañía El Fénix Español en 19 de Enero de 1875 y el suplemento de 14 de Octubre del mismo año, y que en su consecuencia González Dueñas no viene obligado desde la citada fecha al cumplimiento del tal contrato, condenando á la expresada Compañía, que se dice ser hoy la titulada La

Unión y El Fénix Español, á que devuelva al demandante, además de las cantidades que la satisfizo por virtud de la sentencia dictada en 16 de Junio de 1880 por el Juzgado de primera instancia de Buenavista, en el juicio verbal promovido por el apoderado de El Fénix Español sobre pago de 8 pesetas, las costas originadas en aquel juicio al González Dueñas, imponiéndole expresamente el pago de las de este pleito:

Resultando que conferido traslado á la Compañía demandada, le evacuó pretendiendo se le absolviera de la demanda en todas sus partes, con imposición al actor de perpetuo silencio y las costas; al efecto expuso que como aparece de los documentos y de la escritura inserta en la *Gaceta* oficial que presentaba, lejos de haberse disuelto ó extinguido la Compañía El Fénix Español á consecuencia del convenio fusionándose con La Unión y formando una nueva Compañía, continuó la primera subsistiendo y operando de la misma manera que antes, sin más variación que el aumento de su capital y la adición de una palabra á su título; y sin que se pactase tal fusión, pues el contrato se limitó á la reunión de las pólizas y operaciones de ambas bajo una sola administración que había de ejercer El Fénix previo aumento de capital y la mencionada adición á su título; que el art. 329 del Código de Comercio no sólo es inaplicable al caso de autos sino contraproducente, siendo á mayor abundamiento necesario que la disolución de las Compañías mercantiles se acuerde y ejecute del modo y forma prevenidos en el Código, sin que baste para ello la apreciación de quien carece de todo título para hacerlo; que no habiéndose fusionado, extinguido ni cesado en sus operaciones la Sociedad aseguradora, ni trasmitido á otra los seguros con ella celebrados, estos seguros quedan íntegros y subsistentes en todas sus partes; que para que exista la novación es preciso, con arreglo á la ley 15, tít. 14, Partida 5ª, que el deudor renovara el pleito dando otro en su lugar, lo que no se había justificado en este caso:

Resultando que renunciado por el actor el traslado de réplica se recibió el pleito á prueba; y practicadas las que las partes propusieron, el Juez de primera instancia dictó sentencia en 5 de Junio de 1882 absolviendo de la demanda interpuesta por D. Mariano González Dueñas á La Unión y El Fénix Español, Compañía de seguros reunidos, sin hacer especial condenación de costas; que admitida la apelación que el demandante interpuso la Sala segunda de lo civil de la Audiencia, por sentencia de 8 de Enero último confirmó con las costas la del Juez:

Resultando que D. Mariano González Dueñas interpuso recurso de casación, alegando como motivos:

1° Que la sentencia infringe los artículos 464 y 465, párrafo tercero del Código de Comercio, é interpreta con error de derecho los del convenio celebrado por El Fénix Español y La Unión el 14 de Mayo de de 1879, señalados con los números 1°, 2°, 3°, 4° y 15, en cuanto desconoce la existencia legal independiente y distinta de toda otra Compañía á la que formada por el concurso de dos entidades ó personas jurídicas que han puesto en común sus bienes é industrias para obtener un lucro en la contratación de seguros contra incendios, se ha establecido y viene funcionando bajo la denominación de La Unión y El Fénix Español, Compañía de seguros reunidos y con los requisitos propios de las Sociedades anónimas:

2° Que igualmente infringe el fallo recurrido el art. 265, párrafo

tercero del Código de Comercio, y con error idéntico al expresado en el número anterior aprecia los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 7° y 15 del referido convenio al afirmar la existencia y condiciones de Sociedad anónima, respecto de una Compañía que, como El Fénix Español, se desprendió de su cartera, material, mobiliario, administración, ley, razón y objeto social, á favor de otra Compañía que, con estos elementos y con los de la misma clase que los trasfirió la Sociedad La Unión, se ha creado y funciona bajo la denominación de La Unión y El Fénix Español:

3° Que el fallo infringe los artículos del Código de Comercio 329, números 1°, 2°, y 330, y entiende con error de derecho los artículos del convenio de 14 de Mayo citados, desconociendo que pues la Compañía El Fénix Español se desposeyó de su capital para cederlo á la titulada La Unión y el Fénix Español, y cesó absolutamente en la contratación de seguros de incendios que constituía, en cuanto al caso de autos se refiere, su objeto social, quedó por ambas razones totalmente disuelto:

4° Que con infracción también del art. 263 del Código de Comercio y de la ley 15, tít. 14 de la Partida 5ª, como también con error de derecho, en la inteligencia de los mencionados artículos del repetido convenio de 14 de Mayo de 1879, la denegación del valor jurídico de aquel convenio, toda vez que habiéndose por él subrrogado la Compañía La Unión y El Fénix Español en los derechos, acciones y responsabilidades de El Fénix Español, acto que constituye una verdadera novación en los contratos celebrados por la segunda de estas Compañías, verificada en cuanto á González Dueñas sin su placer y consentimiento, se absuelve á la Sociedad La Unión y El Fénix Español de la demanda, ó lo que es igual, se declara que González Dueñas viene obligado á cumplir con aquella Sociedad el contrato que celebró única y exclusivamente con El Fénix Español:

5° Que asimismo ha infringido la Sala sentenciadora las leyes 2ª, título 16, lib. 11 de la Novísima Recopilación; 3ª y 16, tít. 22, Partida 3ª, y la doctrina legal establecida por sentencias de este Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1866, 27 de Octubre de 1873, 22 de Abril y 14 de Diciembre de 1876 y otras, según la que no es permitida la interpretación de una cláusula redactada en términos claros y explícitos; pues apartándose de aquellos preceptos y de esta doctrina, la Sala sentenciadora funda su fallo en una declaración que no contiene el art. 19 del convenio de 14 de Mayo, sometiéndolo á una interpretación contraria al contexto literal de dicho artículo:

6° Que por último se infringe la ley 2ª, tít. 33, Partida 7ª, porque en el caso de estimar dudosas las palabras y cláusulas del convenio de 14 de Mayo para determinar su objeto, no las interpreta en contra de quien dijo la palabra ó el pleito oscuramente; y la doctrina legal sancionada por sentencias de 25 de Febrero de 1875 y otras que declaran que según las reglas para la interpretación de los contratos deben reunirse las soluciones que den por resultado el que aquéllas no puedan valer, á cuya consecuencia conduce el fallo recurrido; pues afirmando la existencia de El Fénix Español, destruye y deja sin sentido práctico y legal el repetido convenio que confundió en una las dos Compañías antes separadas, y respectivamente denominadas El Fénix Español y La Unión:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Ricardo Gullón:

Considerando que realizada en virtud del convenio de 14 de Mayo

de 1879 la reunión de las carteras, ó lo que es igual del fondo de recursos y créditos pertenecientes á las antiguas Sociedades de seguros La Unión y El Fénix Español, variada la razón social; fijado el capital de 9 millones de pesetas, diferente del que aquellas tenían, y acordado que estuviese representado por determinado número de acciones que se repartirían en proporción á los valores que cada una de las dos Compañías aportase para la formación del activo, es evidente que desde 1° de Julio de dicho año en que semejantes hechos tuvieron lugar por voluntad de los accionistas de La Unión y El Fénix Español, se constituyó una nueva Sociedad, como lo demuestra su mismo nombre, que corresponde á una sola entidad jurídica, y de ningún modo á dos:

Considerando que á mayor abundamiento las cláusulas 7ª y 15 del convenio, en las que literalmente se establece que con sus respectivas carteras de seguros contra incendios, seguros marítimos y sobre la vida y con su material útil concurren las dos Compañías á formar un solo activo social, y que es de cuenta de la Compañía reunida tanto las primas que vencieran desde la hora designada en la cláusula 1ª, como la liquidación y pago de los siniestros que ocurriesen, no permiten dudar de que en el citado día 1° de Julio por la fusión de La Unión y El Fénix Español nació la Sociedad que existe hoy, sin que pueda desvirtuarse la fuerza legal de este hecho ni por el idéntico objeto de la especulación, ni por la continuación de distintos delegados ó representantes, ni por ninguna otra circunstancia de carácter administrativo ó económico, porque todo tiene que referirse á las operaciones de seguros de incendios y marítimos que las antiguas Compañías verificasen con anterioridad á la mencionada fecha, puesto que las posteriores á ella se realizan exclusivamente según el convenio, por cuenta, cargo y riesgo de la nueva Sociedad:

Considerando que por consecuencia de lo expuesto, ha existido verdadera novación, y hay disparidad entre el presente caso y el resuelto por esta Sala en la sentencia de 30 de Diciembre de 1882 que decidió el recurso interpuesto por D. Juan Alcaide y Molina, que había celebrado un contrato de seguro con La Unión, cuya sentencia se fundó principalmente en la cláusula 19 del convenio, por la cual se comprometieron terminantemente los accionistas de la Unión á seguir siendo responsables del cumplimiento de las pólizas vigentes desde 1° de Julio hasta la espiración de las mismas para con aquellos asegurados que no aceptasen la sustitución de personalidad y garantía de la nueva razón social:

Considerando que no siendo aplicable dicha cláusula á el Fénix Español, cuyos accionistas no han contraído igual obligación respecto de los asegurados que no se conformasen con el convenio, y no habiendo aceptado expresa ni tácitamente el recurrente D. Mariano González Dueñas la subrrogación de la nueva Compañía en lugar de la de *El Fénix Español*, con la que él había contratado, tiene derecho á obtener la rescisión de un contrato desde 1° de Julio de 1879 y el reintegro de las cantidades que después de esta fecha se le han exigido por razón del seguro:

Considerando que por lo tanto la sentencia recurrida al absolver de la demanda á la Compañía demandada, infringe el art. 263 del Código de Comercio y la ley 15, tít. 14, Partida 5ª, que se invocan en el cuarto motivo del recurso;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recur-

so de casación interpuesto por D. Mariano González Dueñas; y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 8 de Enero de 1883 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de esta corte: devuélvase al recurrente el depósito que constituyó.—(Sentencia publicada el 31 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Febrero de 1884.)

387

Recurso de casación (31 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Entrega de bienes.—No ha lugar al interpuesto por D. Lucas Blázquez y otros con D. Joaquín Blázquez Arenas (Audiencia de Albacete), y se resuelve:

1° *Que la Sala sentenciadora, apreciando en conjunto las pruebas suministradas por ambos litigantes, teniendo en cuenta de una parte las divergencias, contradicciones, calificaciones gratuitas y la poca exactitud con que se produjeron los numerosos testigos presentados por el recurrente y las afirmaciones de los Facultativos que antes de la fecha del testamento habían asistido al testador, y de otra el mismo testamento, al que no se objetan «falsedades ó menguas» que lo invaliden, y los diversos instrumentos públicos que el pretendido loco otorgó durante aquella época, suscribiendo alguno de ellos y siendo parte en otro uno de los demandantes tres días después de la fecha del otorgamiento de aquél, establecía la capacidad legal, en cuanto al estado de la razón del testador que debe suponerse en principio, y resulta además justificada en aquella ocasión: esta apreciación de la Sala sólo puede impugnarse útilmente para los efectos de la casación por error de derecho que consista en la infracción de leyes ó doctrinas de jurisprudencia destinadas especialmente á dar reglas para la apreciación de las pruebas, ó por error de hecho que resulte de documento ó acto auténticos que demuestren la evidente equivocación del juzgador; y no es admisible la impugnación del recurrente que se funda en supuestos contrarios al resultado de autos consignado por la Sala sentenciadora como base del fallo recurrido y cuyos razonamientos que tienden á destruir los considerandos del mismo fallo, contra los cuales, como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, no se da recurso de casación:*

2° *Que cuando las Salas sentenciadoras juzgan en virtud de pruebas complejas, no es lícito al recurrente separar los diversos elementos de que se componen y combatir el juicio que sobre el conjunto de ellos haya pronunciado el juzgador, señalando infracciones que no afectan al concepto general de la aprobación hecha por el mismo;*

Y 3° *Que bajo tales supuestos, la sentencia no infringe la ley* 13, *título* 1°, *Partida* 6ª, *porque no da validez al testamento en razón á no haberse probado que no testó en un intervalo de lucidez, sino porque consta que al testar se hallaba en pleno uso de sus facultades intelectuales, que conservaba á pesar de sus quebrantos de salud aun después del otorgamiento, ni el principio inconcuso de Medicina legal de que todas las enajenaciones mentales son habituales, en el concepto jurídico de esta palabra, á excepción de las procedentes de un estado patológico*

intermitente en que se manifiesta la locura como sintomática, y el no menos inconcuso de que la demencia por agotamiento de facultades no puede tener intervalos lúcidos; el principio de derecho sancionado por la ley 2ª, tít. 14, Partida 3ª, de que las excepciones afirmativas deben probarse por quien las alega; el principio establecido en el art. 578 de la ley de Enjuiciamiento civil de que todos los hechos son susceptibles de justificación por todos los medios de prueba que la ley admite; el confirmado por el núm. 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil de que el resultado de las pruebas no debe alterarse en la sentencia; el de que la prueba testifical y pericial que no vienen al pleito con citación de la otra parte y que no se practica ante el Juzgado, ni con juramento, no son eficaces ni pueden apreciarse en la sentencia, y el de que los actos propios de un litigante no pueden dañar á sus colitigantes: alegados con mayor ó menor pertinencia.

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Diciembre de 1883, en los autos acumulados que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de La Roda y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Albacete por Don Joaquín Blázquez Arenas, propietario, vecino de El Bonillo, con Don Lucas Blázquez y Blázquez, vecino de Villarrobledo, sobre entrega de bienes, y por el mismo D. Lucas y D. Joaquín y D. José Antonio Blázquez García, éstos propietarios y vecinos de Múnera, con el D. Joaquín Blázquez sobre nulidad del testamento otorgado por D. Lucas Blázquez García en 31 de Mayo de 1879, habiendo representado respectivamente á los interesados ante este Tribunal Supremo los Procuradores D. Ignacio de Santiago y Sánchez y D. Miguel Urdiales Illana, bajo la dirección del Licenciado D. Cristino Martos y el Doctor D. Antonio Rentero:

Resultando que en 31 de Marzo de 1880 se interpuso por D. Joaquín Blázquez Arenas demanda civil ordinaria contra D. Lucas Blázquez y Blázquez para que le entregara los bienes muebles ó su equivalencia que tenía en su poder como procedentes de su tío D. Lucas Blázquez García del que el demandante era único y universal heredero, según el testamento otorgado en Bonillo en 31 de Mayo de 1879, bajo del cual falleció el 22 de Junio del propio año, y por lo tanto al que entonces correspondían los frutos, muebles ó efectos que el difunto D. Lucas entregó al demandado por la vida del cedente y á cambio de ciertos servicios, puesto que dicha cesión no era donación perpetua sino temporal y limitada, correspondiendo los bienes que la constituyeron al demandante como único y universal heredero del cedente:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Lucas Blázquez y Blázquez promovió artículos de incontestación, fundado en no haber acreditado en forma su personalidad el demandante, y sustanciado el incidente terminó por auto de 21 de Junio de 1880, en el que se declaró no haber lugar á la excepción dilatoria propuesta por haberse traído á los autos, con citación de las partes, testimonio del testamento en que el demandante fundó la acción real por que pidió la entrega de bienes, otorgando en El Bonillo en 31 de Mayo de 1879 por D. Lucas Blázquez García, por el que constituyó por su heredero universal á su sobrino D. Joaquín Blázquez Arenas:

Resultando que en 25 de Mayo de 1880 D. Joaquín Antonio y Don Antonio José Blázquez García interpusieron demanda civil ordinaria contra D. Joaquín Blázquez Arenas, en la que expusieron que D. Lu-

cas Blázquez García, en unión de su mujer Doña Josefa Carrión, otorgó testamento en Villarrobledo, pueblo de su vecindad, en 11 de Enero de 1877, por el que se instituyeron uno á otro por heredero usufructuario, disponiendo que á la muerte del último heredarían al D. Lucas sus hermanos D. Joaquín, Juan Antonio, Felipe y José Antonio Blázquez por iguales partes, y por fallecimiento de cualquiera de ellos entrarían sus hijos en su representación; que fallecido el D. Lucas Blázquez García se promovió el correspondiente juicio voluntario de testamentaría, en el que compareció D. Joaquín Blázquez Arenas oponiéndose á su continuación, fundado en ser él el único heredero del Don Lucas en virtud del testamento otorgado por el mismo en El Bonillo en 31 de Mayo de 1879, y en el que se expresa que el testador se hallaba en su cabal juicio, según se hacía constar con la certificación expedida en aquella fecha por el Médico D. Miguel Castillo, que se unía y protocolizaría con el testamento; que desde poco después de la muerte de la esposa del testador, ocurrida en 13 de Enero de 1877 se inició el padecimiento mental de aquél, que se fué agravando hasta perturbarle por completo de su razón, falleciendo en tal estado á los 52 días de la fecha del referido segundo testamento; habiéndose observado por la familia y extraños los actos que muy luego de los primeros síntomas le constituyeron en completa demencia habitual y constante, y de ordinario en verdadero estado de idiota; habiendo sido visitado durante su enfermedad por el Facultativo de Villarrobledo D. Jesús Fernández, y algunas veces por D. Ladislao Moragón; que á la fecha del segundo testamento se hallaba el D. Lucas en estado de demencia, imposibilitado por consiguiente para testar y para el ejercicio de todos sus derechos civiles; y después de alegar varios fundamentos de derecho, concluyeron solicitando se declarase nulo, de ningún valor ni efecto el testamento que aparecía otorgado por D. Lucas Blázquez en El Bonillo en 31 de Mayo de 1879, y en su virtud se mandase que continuara la sustanciación del juicio voluntario de testamentaría pendiente con arreglo al testamento de 11 de Enero de 1877:

Resultando que conferido traslado de la demanda á D. Joaquín Blázquez Arenas, le evacuó pretendiendo que se le absolviera de ella, declarándose que el último testamento de D. Lucas Blázquez García no adolecía de vicio alguno de nulidad por hallarse otorgado con los requisitos legales, y al efecto alegó que el D. Lucas tan luego como falleció su esposa, otorgó á favor del demandado, hoy su heredero, un poder amplísimo para que le representara en las operaciones particionales con los herederos de aquélla, y le entregó todos sus bienes por los días de su vida, con lo que demostró la confianza y cariño que tenía á su sobrino D. Joaquín y la preferencia que le merecía, mientras que con los demás y hasta con personas de su familia se mostró retraído; que el carácter de D. Lucas Blázquez García era muy reconcentrado, muy metido en sí y un tanto distraído, cualidades que se acentuaron con la pérdida de su esposa; pero jamás se dieron síntomas previos de una demencia bien clasificada que le incapacitara sobre todo para el acto del testamento que se discute; y así lo acreditaba la certificación del Facultativo que le asistía á la sazón, y lo comprendieron el Notario y los testigos del otorgamiento, en el que D. Lucas dió por sí las instrucciones que constituyen el fondo de aquella disposición:

Resultando que conferido traslado para réplica al demandante, promovió incidente sobre acumulación de las dos demandas expresadas por

haber identidad de personas y de causas, que podrá producir excepción de cosa juzgada; y trasmitido en forma, por auto de 30 de Julio de 1880, confirmado en 16 de Diciembre siguiente por la Sala de lo civil de la Audiencia, se mandó acumular la demanda de nulidad del testamento á otra sobre reclamación de bienes; y acumulados, presentaron escrito D. Lucas Blázquez y Blázquez y D. Joaquín y D. José Antonio Blázquez García, replicando en unos autos, y contestando en otros se declarase la nulidad del testamento otorgado por D. Lucas Blázquez García en 31 de Mayo de 1880, y se absolviese á D. Lucas Blázquez de la demanda contra él interpuesta por D. Joaquín Blázquez sobre entrega de bienes; al efecto reprodujeron los hechos expuestos en la demanda sobre nulidad del testamento, á los que adicionaron que el contrato á que hacía referencia la demanda de D. Joaquín Blázquez exigían una liquidación de cuentas, sin la que no podía hacerse la entrega de bienes; que D. Joaquín procuró hacerse con la cédula de vecindad de su tío D. Lucas, al que instó y convenció para que se fuera con él á El Bonillo, donde otorgó el testamento, que procuró reservarse hasta después de muerto el testador; que éste dió diferentes pruebas y manifestaciones externas de demencia, y en tan deplorable estado le asistieron sus sobrinos D. Lucas Blázquez y Blázquez y su esposa Doña Manuela Chavuel, así como en sus diferentes ataques cerebrales, semejantes á los que otros individuos de su familia habían sufrido, y de que fallecieron; y finalmente, que el Médico D. Miguel del Castillo era amigo íntimo del D. Joaquín Blázquez, y no era Facultativo titular de El Bonillo:

Resultando que evacuado por D. Joaquín Blázquez el traslado correspondiente, se recibieron los autos á prueba, practicándose las propuestas por los interesados por medio de posiciones, documentos y testigos; y en parte de la suministrada por D. Manuel Blázquez Arenas se unió copia de un poder otorgado en Socuéllamos en 30 de Enero de 1878 por D. Lucas Blázquez García á favor de su sobrino D. Lucas Blázquez Arenas, facultándole para administrar sus bienes, comprar y vender, permutarlos y para cobrar y pagar; otra escritura otorgada en 14 de Octubre de 1878, aclaratoria de contrato privado sobre entrega de bienes que el D. Lucas hizo á su sobrino D. Joaquín, y otra otorgada en 3 de Junio de 1879, en la cual D. Lucas Blázquez García declara tener hecha entrega de bienes á sus sobrinos D. Lucas y D. Joaquín mediante la cantidad ó renta de 5 000 rs. anuales, haciendo referencias á otros documentos privados que quería solemnizar por dicha escritura:

Resultando que á instancias de Lucas Blázquez y Blázquez y consortes, y en parte de su prueba, se examinaron numerosos testigos de distintos pueblos con objeto de demostrar el estado de incapacidad en que se hallaba D. Lucas Blázquez García al otorgar el testamento en 31 de Mayo de 1879; siendo también examinados dos Facultativos de Villarrobledo que habían asistido al Blázquez García, los cuales dijeron sustancialmente que le tenían propinados baños de mar para los padecimientos del estómago é hígado: que su temperamento era sanguíneo bilioso: que al poco de fallecer su esposa se empezó á quejar de padecimiento cerebral, que fué acentuándose y le constituyó en estado de imbecilidad: que nunca advirtieron síntomas de demencia senil, y sí de reblandecimiento cerebral: que en sus exacerbaciones no observaron normalidad en sus facultades intelectuales ó períodos de completa lucidez, sin que pudieran decir si pasado aquel estado ó en las ausencias que

hizo podría tener períodos lúcidos; y que en la última época de su dolencia se trastornaron y paralizaron sus facultades intelectuales y movimientos:

Resultando que unidas las pruebas, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que fué confirmada por la Sala de lo civil de la Audiencia en 7 de Abril último, absolviendo de la demanda interpuesta contra D. Joaquín Blázquez Arenas, por la que se pide la declaración de nulidad del testamento otorgado por D. Lucas Blázquez García en 31 de Mayo de 1879, condenando en su consecuencia á D. Lucas Blázquez y Blázquez á la entrega en término de tercero día de los bienes, ó su equivalencia, que procedentes del Blázquez García poseía y le demandó D. Joaquín Blázquez y Arenas, sin hacer expresa condenación de costas:

Resultando que por parte de D. Lucas Blázquez y Blázquez y Don Joaquín y D. José Antonio Blázquez García se interpuso recurso de casación por haberse en su concepto infringido:

1° La ley 13, tít. 1°, Partida 6ª, según la cual el que fuere salido de memoria non puede facer testamento mientras que fuere desmemoriado, porque se daba validez al testamento que se supone otorgado por un loco, por si pudo estar en un intervalo lúcido el día 31 de Mayo de 1879; y para ello se afirma que el estado normal de las facultades intelectuales de un testador se presume de derecho, y que aun dado su estado de demencia no se puede declarar incapacitado en tanto que no conste que en el acto del otorgamiento no se hallaba en un intervalo lúcido; y así se hace de la excepción regla general, invirtiendo los términos de la ley y deduciendo que no negaba la testamentifacción al demandante por regla general:

2° El principio inconcuso de Medicina legal de que todas las enajenaciones mentales son habituales, en el concepto jurídico de esta palabra, á excepción de las procedentes de un estado patológico intermitente en que se manifieste la locura como sintomática, y el no menos inconcuso de que la demencia por agotamiento de facultades no puede tener intervalos lúcidos:

3° El principio de derecho sancionado por la ley 2ª, tít. 14, Partida 3ª, de que las excepciones afirmativas deben probarse por quien las alega, porque en este juicio los demandantes recurrentes justificaron el estado habitual y constante de D. Lucas Blázquez desde 1877 hasta su fallecimiento; la Sala sentenciadora lo reconoce así, el demandado negó la locura y afirmó que el testador pudo estar en un intervalo lúcido en el acto del otorgamiento, y la Sala supone que los demandantes han debido probar que no ocurrió la excepción de la ley:

4° El principio de derecho establecido en el art. 578 de la ley de Enjuiciamiento civil de que todos los hechos son susceptibles de justificación por todos los medios de prueba que la ley admite, puesto que se sienta que aunque 56 testigos que han conocido y tratado constantemente á D. Lucas Blázquez declaran su estado de demencia, no pueden ser estimados porque no eran peritos en ciencias médicas:

5° El principio inconcuso confirmado por el núm. 7°, art. 1692 de la ley ritual, de que el resultado de las pruebas no debe alterarse en la sentencia; porque se afirma que los Facultativos han afirmado que no padeció D. Lucas demencia senil, que era idiota y que admitían la posibilidad de momentos lúcidos, cuando lo que habían dicho era que estaba demente habitual y constantemente; que su demencia no debía ca-

lificarse de senil; que quedó en una especie de idiotismo; que no lo han visto en momentos lúcidos, y que no sabían si los tendría; lo cual era radicalmente distinto:

6° El principio de derecho de que la prueba testifical y pericial que no vienen al pleito con citación de la otra parte y que no se practica ante el Juzgado, ni con juramento, no son eficaces ni pueden apreciarse en la sentencia, pues se daba valor al dicho de tres testigos y un Médico referidos en el testamento y no ratificado en este juicio, después de rechazar el de dos Facultativos y 56 testigos que en él han declarado; artículos 647 y demás del párrafo séptimo, sección 5ª, tít. 2°, libro 2° de la ley de Enjuiciamiento civil y 618 del párrafo quinto:

7° El principio de que los actos propios de un litigante no pueden dañar á sus colitigantes, en cuanto se apoya la sentencia en la prueba que quiere deducirse de actos ejecutados por D. Lucas Blázquez y Blázquez y no consentidos ni aceptados por D. Joaquín ni por D. José Antonio:

Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la cuestión de este pleito se reduce á determinar si D. Lucas Blázquez García cuando en 31 de Mayo de 1879 otorgó su testamento estaba en el pleno goce de sus facultades intelectuales, como resulta del mismo instrumento intervenido por el Facultativo de su asistencia, ó se hallaba en el estado de habitual y constante locura en que le supone el recurrente desde 1877:

Considerando que la Sala sentenciadora, apreciando en conjunto las pruebas suministradas por ambos litigantes, teniendo en cuenta de una parte las divergencias, contradicciones, calificaciones gratuitas y la poca exactitud con que se produjeron los numerosos testigos presentados por el recurrente y las afirmaciones de dos Facultativos que antes de la fecha del testamento habían asistido al testador, y de otra el mismo testamento, al que no se objetan «falsedades ó menguas» que lo invaliden, y los diversos instrumentos públicos que el pretendido loco otorgó durante aquella época, suscribiendo alguno de ellos y siendo parte en otro uno de los demandantes tres días después del 31 de Mayo citado, establecía que la capacidad legal que en cuanto al estado de la razón del testador debe suponerse en principio, y resulta además justificada respecto á D. Lucas Blázquez García en aquella ocasión:

Considerando que esta apreciación de la Sala sólo puede impugnarse útilmente para los efectos de la casación por error de derecho que consista en la infracción de leyes ó doctrinas de jurisprudencia destinadas especialmente á dar reglas para la apreciación de las pruebas, ó por error de hecho que resulta de documento ó acto auténticos que demuestren la evidente equivocación del juzgador, y la impugnación del recurrente se funda en supuestos contrarios al resultado de autos consignado por la Sala sentenciadora como base del fallo recurrido y en razonamientos que tienden á destruir los considerandos del mismo fallo, contra los cuales, como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, no se da recurso de casación:

Considerando también que cuando las Salas sentenciadoras juzgan en virtud de pruebas complejas no es lícito al recurrente separar los diversos elementos de que se componen y combatir el juicio que sobre el conjunto de ellos haya pronunciado el juzgador, señalando infracciones que no afectan al concepto general de la apreciación hecha por el mismo:

Considerando, bajo tales supuestos, que la sentencia no infringe la ley 13, tít. 1°, Partida 6ª, citadas en el primer motivo, porque no da validez al testamento de D. Lucas Blázquez, en razón á no haberse probado que no testó en un intervalo de lucidez, sino porque consta que al testar se hallaba en pleno uso de sus facultades intelectuales, que conservaba á pesar de sus quebrantos de salud aun después de 1877, ni los demás principios de derecho que con más ó menos pertinencia sirven de apoyo á los restantes motivos alegados;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Lucas Blázquez y Blázquez, Don Joaquín y D. José Antonio Blázquez García, á los que condenamos en las costas y á la pérdida del depósito que constituyeron, que se distribuirá en la forma que la ley previene: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Albacete, con devolución del apuntamiento. —(Sentencia publicada el 31 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 7 de Febrero de 1884.)

388

Recurso de casación (31 *de Diciembre de* 1883).—*Sala primera.*—Nulidad de una venta.—Ha lugar á los interpuestos por D. José Rosés, la viuda y sucesores de D. José Masriera y Doña María del Pilar Chaves (Audiencia de Barcelona), y se resuelve:

1° *Que la sentencia que declara la nulidad de una venta arreglada á derecho infringe las leyes* 11 *y* 13, *párrafo veinticinco, Digesto* De actionibus empti et venditi, *y la doctrina del Supremo Tribunal que consigna la obligación en el vendedor de consumar la venta ya perfeccionada y el derecho del comprador á exigirlo, así como las leyes* 31 *Digesto* De adquirendo rerum dominio; 2ª *Digesto* De conditione causa; 1ª, 2ª, 3ª *y* 4ª *Digesto* De conditione sine causa; 54, 2ª, *párrafo primero, Digesto* De conditone indebiti, *y la doctrina del Tribunal Supremo, que declara contrarios á la ley los contratos celebrados con falsa causa:, porque habiendo aceptado el comprador la compra de la finca por el tanto, se realizó el contrato irrevocablemente por el mutuo consentimiento en la cosa y en el precio, y ha ejercitado con derecho la acción entablada, sin que á ésta pueda oponerse la venta posterior hecha á otro, que carece de toda fuerza por haberla servido de título la cesión ineficaz declarada nula ejecutoriamente del derecho personalísimo de fadiga, resultando de aquí que no se trata del conflicto de dos verdaderas convenciones, sino de una válida preexistente enfrente de otra esencialmente nula;*

Y 2° *Que la misma sentencia aplica indebidamente la ley* 50, *título* 5° *de la Partida* 5ª, *é infringe la doctrina que establece que es condición esencial para la reclamación de perjuicios el probar su existencia y cuantía, y que no son aplicables las doctrinas sobre abono de daños cuando no se justifica la existencia de los mismos, porque aquélla no rige en Cataluña, ni en su caso tiene lugar su aplicación, no resultando que el vendedor hubiera procedido engañosamente, y porque la Sala sentenciadora reconoce que no hay justificación alguna de perjuicios.*

En la villa y corte de Madrid, á 31 de Diciembre de 1883, en el

pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pedro de Barcelona y en la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de aquella ciudad por D. José Rosés y Ricart, representado por el Procurador D. Félix Bazán y defendido por el Licenciado D. Francisco Silvela, con D. Eusebio Güell y Bacigalupi, y en su nombre el Procurador D. Antonio Bendicho, defendido en el acto de la vista por el Doctor D. Manuel Durán y Bás, Doña Eulalia Manobens, viuda de Masriera; D José, D. Francisco, D. Federico y Doña Elisa Masriera y Manobens y D. Faustino Bernareggi, por sí y en representación de sus hijas Doña Concepción y Doña Josefa Bernareggi y Masriera, representados por el Procurador D. Antonio Arana y Morayta, bajo la dirección del Doctor D. Francisco de P. Lobo; Doña María del Pilar Chaves y de Loaisa, Marquesa viuda de Palmerola, como usufructuaria de los bienes de su difunto marido y administradora de los bienes de sus hijos menores, y en su nombre el Procurador D. Federico Grases, defendidas en el acto de la vista por el Letrado D. Melchor Ferrer; y D. José Torrescosana y de Requesens, Doña María Josefa de Rocabruna y Pascual, Doña Josefa de Rocabruna y Pascual, Doña Josefa de Rocabruna y Jordá y D. José de Puig y de Boria, que no han comparecido en este Supremo Tribunal, sobre nulidad de unas cesiones y de una venta é indemnización de perjuicios:

Resultando que D. Alvaro María Camín y López, como apoderado general de D. Ignacio María de Despujol, Marqués de Palmerola, dió en arrendamiento, por escritura de 29 de Julio de 1870, á D. José Rosés y Ricart y D. José Masriera y Vidal, del comercio de Barcelona el piso principal segundo interior, desvanes ó buhardillas anejas á éste y la cochera y bajos de la casa números 7 y 9 de la calle de Puerta Ferrisa, de dicha ciudad, propia del Marqués, junto con la parte asignada á dicha porción de casa de dos plumas de agua de que se hallaba dotada estableciendo diferentes pactos para el uso y aprovechamiento de la finca, y entre ellos, en la cláusula 8ª que el arriendo se hacía hasta el 31 de Diciembre de 1876, cuyo término era forzoso para ambas partes, y además otro año voluntario para los arrendatarios y forzoso para el arrendador, estipulando en la cláusula 9ª, que si durante el mencionado término conviniese al propietario la venta de la finca, y á pesar de esta circunstancia fuese conveniente á los arrendatarios continuar el arriendo hasta el término estipulado, sería condición precisa que por parte de los compradores se respetase este contrato en todas las cláusulas, hasta la conclusión del mismo, quedando además convenido que en el caso de realizarse esta venta, el arrendador concedería la privativa de compradores con igualdad de condiciones á los arrendatarios, siendo esta escritura inscrita en el Registro de la propiedad:

Resultando que habiendo tratado el Marqués de la venta de la casa, D. José Rosés ofreció por ella 100.000 duros, oferta que fué rechazada por el apoderado del Marqués en carta de 25 de Febrero de 1872 por considerarla sumamente baja, habiendo mediado otras proposiciones de compra que no llegaron á realizarse, y manifestado Rosés y Masriera en cartas de 26 de Febrero y 28 de Mayo de 1872 y 28 y 19 de Febrero de 1873 que si bien no les convenía tomar parte como compradores voluntarios de la casa, se reservaban para su caso y lugar el derecho concedido en el párrafo segundo de la condición 9ª de la escritura:

Resultando que el apoderado del Marqués en carta de 25 de Febrero dijo creía haber cumplido la obligación impuesta en el pacto citado, y que una vez firmada la escritura de venta quedaría completamente extinguido el derecho que aquel pacto les daba, reiterándoles en su virtud la pregunta de si se hallaban dispuestos á compar por la suma de 115.000 duros, en la seguridad de que no habría de anunciarles la otorgación de la escritura de venta; y que Rosés y Masriera contestaron en 1° de Marzo que entendían que su derecho era tal y como lo tenían consignado, puesto que la privativa ó prelación en igualdad de condiciones estaba estipulada en el caso de realizarse la venta, la cual no se verificaba por las solas proposiciones de compra:

Resultando que en carta de 23 de Julio de 1874 manifestó D. Alvaro María Camín á D. José Rosés y D. José Masriera, á los efectos de la última parte del pacto 9° de la escritura de arriendo, que había convenido la venta de la casa á favor de D. Antonio López por el precio de 100.000 duros, de los cuales se retendría la cantidad necesaria para cubrir los créditos hipotecarios constituídos sobre la finca, rogándoles que le manifestaran por escrito si querían hacer uso de la privativa que les concedía el referido pacto, considerando que renunciaban á la misma si no le contestasen para el día 28:

Resultando que con fecha 27 contestaron Rosés y Masriera que si bien no podían admitir la inteligencia y el plazo de su carta ni consentir cosa perjudicial á su derecho, toda vez que les aseguraba que había quedado convenida la venta con la persona, condiciones y precio que explicaba, le manifestaban que querían hacer y hacían uso del derecho de prelación ó privativa de compradores, y en su consecuencia esperaban que pasase los títulos á su Abogado D. Juan de Soler para su examen, reservándose para el acto de redactarse la escritura hacerla extender á nombre de ambos en común ó de cualquiera de ellos, y que D. Alvaro María Camín contestó en 28 de Julio que quedaba enterado y tomaba nota de su manifestación, y que pasaría los expresados títulos al Sr. Soler, pudiendo asegurarles que no había más gravámenes que los censos y préstamos, de cuyo pago se habían de encargar como parte del precio:

Resultando que en 1° de Setiembre de 1874 D. José Rosés y D. Alvaro María Camín dirigieron á los dóminos enfiteuticarios de la finca don Ignacio Puig, D. José María de Torrescasana y Doña Josefa y Doña María Josefa de Rocabruna los esquellos de estilo firmados por ambos, notificándoles tener convenida la venta y expidiéndoles gracia del laudemio, y que en 13 del mismo mes D. José María Torrescasana y D. José Vidal, como apoderado de D. José Puig, contestaron á D. Alvaro María de Camín que no podían satisfacer tales deseos, por tener cedido el derecho de fadiga ó prelación en el primer traspaso que se otorgara por el Marqués á favor de D. Eusebio Güell y Bacigalupi:

Resultando que los referidos D. Ignacio Puig, D. José María Torrescasana, Doña Josefa de Rocabruna y Jordá y Doña María Josefa de Rocabruna y Pascual, por escrituras de 26 y 31 de Agosto, 4 y 5 de Setiembre de dicho año, cedieron á D. Eusebio Güell el derecho de fadiga ó prelación que les correspondiera como dóminos medianos de la casa de propiedad del Marqués de Palmerola:

Resultado que en 12 dicho mes de Setiembre, á instancia de D. Eusebio Güell, se dirigió por medio de Notario un requerimiento al apoderado del Marqués de Palmerola D. Alvaro María Camín, para que

mediante á que los dóminos tenían entre otros derechos el de retracto ó fadiga que habían cedido todos á favor del requirente Güell, y á que el retracto de la finca procedía tan luego como el contrato quedaba perfeccionado por convención de las partes en la cosa y en el precio, se abstuviera de formalizar en escritura pública el contrato de venta á favor de Rosés, otorgándole en virtud del derecho de retracto á favor de requirente, en la seguridad de que entregaría el mismo precio y cumpliría las mismas condiciones, á cuyos fines quedaba citado para el 14 de aquel mes á las cuatro de la tarde en el despacho del Notario autorizante, protestando en caso contrario de todos los daños, gastos y perjuicios que se ocasionaran:

Resultando que D. Alvaro María Camín, como apoderado del Marqués de Palmerola, otorgó escritura en 14 de Setiembre de 1874, por la que vendió á D. Eusebió Güell y Bacigalupe la citada casa de la calle de Puerta Ferrisa, números 7 y 9, en fuerza del derecho de retracto de que hacía uso el Sr. Güell, en precio de 100.000 duros, de los cuales retendría el comprador 74.817 para pagarlos y satisfacerlos á los delegatarios que expresó, obligándose el vendedor á la redención de ciertos censos y censales, y consignándose en la escritura las diferentes adquisiciones de que procedía la finca; y que en el mismo dia 14 de Setiembre participó D. Alvaro de Camín á Rosés y Masriera el otorgamiento de esta escritura, acompañándoles copia del requerimiento que se le había hecho y de las cartas dirigidas por Torrescasana y Puig:

Resultando que en 19 del mismo mes de Setiembre de 1874 dedujo demanda D. José Rosés y Ricart, en la que consignó como hechos los antecedentes que quedan referidos, á los cuales añadió que los títulos ó designas de que se componía la actual casa y jardín contradecían que D. Ignacio de Puig y demás referidos fueran los dóminos y menos todos ellos; que la casa se componía efectivamente de 10 distintas designas ó antiguos predios de edificios y huertos, sobre los que se había levantado el actual edificio; pero que sobre siete de ellas no tenían ni habían tenido aquéllos dominio alodial ni mediano, habiendo en los restantes una gran variedad de dominios en cada designa, y que las cesiones habían sido otorgadas antes que á los dóminos se les hubiera podido presentar la escritura de venta á favor del demandante, y haciendo uso de la acción *empti* y de los demás procedentes, pidió que se emplazase á D. Eusebio Güell y Bacigalupi, á D. Ignacio María Despujol, Marqués de Palmerola, y á los expresados cuatro dóminos, y en su caso se declarase nulas y de ningún valor ni efecto las escrituras de cesión de fadiga por retracto dominical, hechas por los últimos á favor de Güell ante el Notario D. Luis Soler y Plá en las fechas expresadas, como también la otra escritura de venta por protestado uso de tanteo otorgada á favor de Güell por el apoderado general del Marqués de Palmerola ante el mismo Notario el día 14 de aquel mes, y se mandase la cancelación de las inscripciones ó anotaciones que tal vez se hubiesen hecho ó se hiciesen de tales escrituras en el Registro de la propiedad, se condenase al Marqués de Palmerola á firmar á favor del demandante dentro del término de 10 días, la escritura de venta de la casa números 7 y 9 de la calle de Puerta Ferrisa, con todas sus dependencias y accesorios por el precio y condiciones expresadas en la carta de 23 de Julio de aquel año, con las cláusulas naturales del contrato y las demás que correspondieran para la completa consumación del mismo, mediante pago del precio que haría esta parte, la forma ajustada, condenando

así bien, tanto al expresado Marqués como á los demás demandados, todos de mancomún, á la indemnización de daños y perjuicios y gastos que se hubieran ocasionado y pudieran ocasionarse al demandante por los hechos de esta demanda y sus consecuencias, con las costas:

Resultando que D. Eusebio Güell y Bacigalupe impugnó la demanda alegando que el arriendo concedido por el Marqués, y en su consecuencia el pacto 9° de la escritura en que se verificó no se hallaba establecido en favor de cada uno de los otorgantes sino en favor de ambos juntamente; que si bien la escritura se inscribió en el Registro de la propiedad, ninguna otra inscripción constaba relativa al asunto, no habiendo sido firmada ni aprobada por los dóminos directos de la finca por razón de dicho pacto de concesión de la fadiga ó prelación en ella inserta; que los sujetos que les cedieron la fadiga dominical eran verdaderos dóminos de la finca, como resultaba de los títulos, y por tanto, los reconoció el mismo demandante cuando solicitó gracia ó rebaja del laudemio en ocasión de que su Abogado había podido ya enterarse de quiénes eran; que el actor no había justificado que consignase el precio de la casa, el cual era perfectamente conocido, y que tampoco lo había hecho de que se le ocasionasen perjuicios por no haberse otorgado á su favor por el Marqués de Palmerola la venta de la finca; y oponiendo á la demanda la excepción de *sine actione agis*, pidió se le absolviera de ella, con imposición de costas al demandante:

Resultando que D. Ignacio de Puig, D. José Torrescasana y Doña María Josefa y Doña Josefa de Rocabruna, impugnaron respectivamente la demanda oponiendo las excepciones de falta de acción y de derecho, y sosteniendo que tenían dominio mediano sobre una porción mayor ó menor de la finca, y en su virtud el correspondiente derecho de fadiga que por consentimiento libre habían cedido á Güell; que en la cesión habían concurrido todos los requisitos indispensables para la validez de los contratos; y que no habiendo tenido intervención alguna en el contrato de arrendamiento, no habían consentido expresa ni tácitamente el pacto 9° del mismo, ni renunciado á sus derechos dominicales:

Resultando que el Marqués de Palmerola contestó á la demanda con la misma pretensión de que se le absolviera de ella, y oponiendo las excepciones de falta de acción y de derecho, sostuvo como los demás demandados la facultad de los dóminos de la cesión del derecho de fadiga que no podía resistirse por el de dueño de la finca que lo había consultado previamente con dos Letrados:

Resultando que el demandante D. José Rosés replicó rectificando algunos hechos relativos á las contestaciones que mediaron sobre el uso de la preferencia de comprador, y añadiendo que D. Eusebio Güell no había ofrecido en el requerimiento, ni después contraído ni podido contraer el compromiso de no separar ambos dominios directo y útil durante seis años por falta de términos hábiles, pues no pudieron confundirse ó consolidarse en su persona los citados dominios directo y útil de la casa pretendida retraer, y que el demandante había sufrido perjuicios de cuantía por consecuencia de la venta nula ó pretexto de fadiga convencional hecha por el Marqués á Güell, contándose entre ellos los originados á causa de la demanda de desahucio deducida por Güell:

Resultando que D. Eusebio Güell y los mandados, dóminos medianos de la finca, evacuaron una dirección al traslado de dúplica, según

se mandó, alegando que el pacto 9° de la escritura suponía necesariamente deberse otorgar ante la escritura de venta á favor del comprador, ya para que éste respetase aquel arriendo, ya para que los arrendatarios, usando del tanteo ó prelación, lo hicieran dentro del término y con los requisitos de la ley, á contar del otorgamiento de la escritura de venta; que por consiguiente el apoderado de Palmerola obró con toda legalidad otorgando la escritura á favor de Güell, y lo mismo hubiera sido vendiendo la finca á otra persona sin perjuicio de cumplirse los dos pactos del arriendo; que en la venta no hubo dolo por no haber faltado en nada al pacto 9° de la escritura de arriendo, habiéndose advertido á los arrendatarios la existencia de otro comprador, y avisádoles inmediatamente el otorgamiento de la escritura, y que si bien habían intentado ejercer su derecho mediante la demanda de este pleito, no habían cumplido el requisito indispensable del depósito previo del precio, defecto que les obstaba al igual que la cesión á Güell de la fadiga dominical, siempre preferente á la convencional:

Resultando que evacuado por el Marqués el traslado de dúplica se acordó en tal estado, á instancia de D. Eusebio Güell, la acumulación á estos autos de otros que había promovido D. José Rosés en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pino:

Resultando que en dicho Juzgado entabló D. José Rosés demanda en 26 de Noviembre de 1877, en la que, consignando como hechos los antecedentes que quedan referidos, expuso que á pesar de haber pasado de arrendatario á dueño de la casa á tenor de la reserva expresada en la carta de 23 de Julio de 1874, D. Eusebio Güell, suponiéndose dueño y poseedor de la misma por una pretendida compra de fecha posterior, había intentado perturbarle y hacer valer el arriendo caducado, intimándole, así como á los sucesores de Masriera, que quería dar por terminado el arriendo á la conclusión de su término, y requiriéndoles para el desocupo en 31 de Diciembre, requerimiento que fué rechazado por Rosés y los sucesores de Masriera que protestaron no reconocer otro dueño que Rosés; y ejercitando la acción real de dominio y las personales y mixtas que pudieran competirle, pidió que se emplazara á Don Eusebio Güell y Bacigalupi, á Doña Eulalia Manobens, viuda de Masriera, á su hija Doña Elisa Masriera y Manobens y á D. Faustino Bernareggi, por sí y en representación de sus hijas Doña Concepción y Doña Josefa, y en su caso se declarase caducado el arriendo de 29 de Julio de 1870 desde el 28 de Julio de 1874, en que quedó perfeccionada á su favor la venta de la casa arrendada, y que desde dicha época debía ser tenido como dueño y poseedor legítimo de la misma y respetado en su ocupación y derechos, declarando en lo menester al efecto previamente la nulidad de la escritura á que Güell aludía en su requerimiento y de cualquier otro acto ó inscripción hipotecaria que pudiera oponerse á esta demanda, y en su consecuencia improcedente é ineficaz dicho requerimiento, condenando á Güell á haber de abstenerse de semejantes intimaciones y de otro acto perturbatorio contra la ocupación y libre uso por Rosés de las repetidas casas, com imposición de perpetuo silencio y costas, y condenando así bien á los otros demandados, viuda é hijos de Masriera, á que se abstuvieran de obtemperar en lo más mínimo el expresado requerimiento y de reconocer derecho alguno en el requirente sobre las dichas casas que fueron objeto del extinguido arrendamiento, antes bien reconocieran á Rosés en todo lo referente á la ocupación y cualesquiera otras relaciones respecto á las

mismas casas; bajo apercibimiento de la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades á que en derecho pudiera dar lugar una conducta en sentido contrario por su parte:

Resultando que D. Eusebio Güell y Bacigalupi contestó á esta demanda, que desde el 14 de Setiembre de 1874 en que se otorgó la escritura, se hallaba en posesión quieta y pacífica de la finca, cobrando sus productos, inclusos los de sus arrendatarios y ejerciendo otros actos de dominio; que dentro de los nueve días del otorgamiento de la escritura, pero sin consignar el precio que le era bien conocido, propuso Rosés la demanda origen de este pleito, que se estaba sustanciando, sin haber recaído sentencia en primera instancia; que entre el Marqués de Palmerola y D. José Rosés no había mediado en aquella época de 1874 ni en otra alguna ningún contrato de venta perfeccionado ni en camino de perfeccionarse, habiéndose Rosés limitado simplemente á que se cumpliera el pacto de la escritura de arriendo estipulado con ambos arrendatarios: que era tan cierto que D. Eusebio Güell estaba en posesión de la casa, que á principios de 1875 demandó á Rosés y Masriera en juicio de desahucio por falta de pago de alquiler, y si bien fué absuelto de ella, no había sido porque no se reconociera á Güell como dueño, sino por haberse apreciado otros hechos relativos al pago; que en Diciembre de 1876 había dado aviso á los arrendatarios para que desocupasen el local en igual mes del año siguiente en que espiraba el arriendo, y que esto había sido la causa de la extraña demanda que había deducido Rosés contra Güell y la viuda y sucesores de Masriera; que el arriendo, cuya caducidad se pretendía desde 1874, había sido cumplido por ambas partes hasta su completa terminación en 31 de Diciembre de 1877; y que el arriendo á favor de Rosés y Masriera estaba limitado á una porción de la casa, estando alquiladas las demás partes de ella á otra persona, y oponiendo á la demanda las excepciones de falta de acción y de derecho y de pleito pendiente, y sin perjuicio de pedir la acumulación de éste á aquél cuando le pareciera oportuno, solicitó que se le absolviera de la demanda, con imposición de perpetuo silencio y costas:

Resultando que la viuda y sucesores de D. José Masriera alegaron contestando á la demanda, que el arriendo fué otorgado á favor de Don José Rosés y D. José Masriera por un número de años, y por consiguiente la venta otorgada á Rosés, pudo terminar el arriendo respecto de éste, pero no para el segundo ó sus sucesores; que el derecho de prelación y fadiga fué igualmente convenido á favor de Rosés y Masriera, y si éste dejó de hacer uso de él, fué bajo la previa condición de que la venta se otogarse á favor de Rosés y por haber éste manifestado que quería utilizarlo; que los sucesores de Masriera, no reconocían por este motivo á otro dueño y arrendador de las habitaciones que ocupaban que al mismo D. José Rosés, y de ningún modo á D. Eusebio Güell, á quien negaban las dichas calidades, por lo cual no habían obtemperado los requerimientos que se les dirigieron por Güell ni practicado acto alguno del cual pudiera inferirse que le tuvieran por tal arrendador, y oponiendo á la demanda la excepción que nacía del arriendo, solicitaron que se defiriese á ella excepto en cuanto se pedía en términos absolutos que se declarase caducado el arriendo desde el mes de Julio del año anterior, pues que en cuanto á los sucesores de D. José Masriera había de tenerse por subsistente y cumplirse en la manera que fué convenido:

Resultando que decretada en tal estado la acumulación de estos autos á los anteriormente referidos, los sucesores de Masriera contestaron á la primitiva demanda de D. José Rosés, reproduciéndola y adhiriéndose á ella en lo tocante á la nulidad de la venta otorgada á D. Eusebio Güell y subsistencia de la que había sido perfeccionada y se hallaba en cierto modo consumada á favor de Rosés, solicitando que se dictara sentencia en conformidad á dicha demanda, condenando además al Marqués de Palmerola, á D. Eusebio Güell y á quien correspondiera á la enmienda de todos los daños y menoscabos inferidos á D. José Masriera y Vidal y á sus sucesores, con imposición de todas las costas:

Resultando que D. José Rosés sostuvo al replicar que Güell tenía reconocido estar perfeccionado el contrato de venta á favor de Rosés; que nunca se había presentado á Rosés para que le reconociera como dueño, y que jamás había entrado en la casa para ejercer acto alguno de posesión por sí ni por otra persona:

Resultando que Güell y consortes y el Marqués de Palmerola evacuaron separadamente el traslado de dúplica, solicitando se les absolviera de las demandas propuestas por Rosés, y en cuanto correspondiera de la adhesión á ellas por los sucesores de Masriera:

Resultando que sumistrada prueba por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo á D. Eusebio Güell y Bacigalupi, á D. Eugenio María de Despujol, Marqués de Palmerola, y á los sucesores de D. José Masriera de la demanda interpuesta por D. José Rosés y Ricart, reservándole el derecho que creyera asistirle contra el expresado Marqués de Palmerola, que podría utilizar en el juicio correspondiente, y declarando en lo menester nulos los contratos de cesión de la fadiga dominical otorgados por D. José Torrescasana y de Requesens, Doña María Josefa de Rocabruna y Pascual, Doña Josefa de Rocabruna y Jordá y D. José de Puig y de Boria á favor de D. Eusebio Güell en 26 y 31 de Agosto y 4 y 5 de Setiembr de 1874 respectivamente con escrituras autorizadas por el Notario D. Luis Soler y Plá; poniéndose en conocimiento del Registrador de la propiedad, ejecutoriada que fuera aquella sentencia á los efectos de los artículos 39 y 40 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria:

Resultando que apelada esta sentencia por D. José Rosés y por el Marqués de Palmerola, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona la confirmó en 7 de Julio de 1882 en cuanto por ella se absolvía de la demanda á D. Eusebio Güell y Bacigalupi, á D. Ignacio María Despujol, Marqués de Palmerola, y á los sucesores de D. José Masriera, y se declaraban nulos los contratos de cesión del derecho de fadiga, mandando poner esta nulidad en conocimiento del Registrador de la propiedad, y condenó al expresado Marqués de Palmerola, hoy sus sus sucesores, é hijos menores D. Ignacio María, D. Luis, D. Francisco Javier, Doña María del Carmen, D. José y D. Manuel de Despujol y de Chaves, y en su representación á su madre Doña María del Pilar de Chaves, en calidad de legítima administradora de los bienes de los mismos á satisfacer á D. José Rosés liquidación reservada, todos los daños y menoscabos que le hubieran sobrevenido por razón de la venta que dicho Marqués otorgó á D. Eusebio Güell, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que D. José Rosés y Ricart interpuso recurso de casación, alegando:

1° Que se habían infringido, á su juicio, la ley del contrato, y por

tanto la 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación, las leyes 23 y 24 del Digesto *De regulis juris*, doctrina desenvuelta por este Supremo Tribunal, entre otras muchas sentencias, en las de 31 de Diciembre de 1857, 17 de Marzo de 1863, 19 de Mayo de 1864 y 11 de Abril de 1865, puesto que el pacto de la escritura de arriendo creaba un derecho especial, pero perfectamente lícito, según el cual los arrendatarios tenían la privativa de compradores; é invitados por escrito para ver si querían hacer uso de ella, contestaron al Marqués que querían y hacían uso del derecho de prelación ó privativa de compradores á su favor, y el apoderado del Marqués contestó quedar enterado, tomando nota de la manifestación y ofreciendo pasar los títulos al Letrado Soler con expresión de que quedarían encargados de los compradores del pago de los préstamos que pesaban sobre la finca como parte del precio, todo lo cual acreditaba que no cabía confundir como lo hacía la sentencia privativa de compradores con el retracto, no siendo necesario utilizarle en el tiempo y forma que para éstos estableció la ley de Enjuiciamiento civil, ni decidir que había debido hacerse uso de los trámites que señalaba el título 13 de la ley, sino los procedimientos y formas que las partes de común acuerdo entonces pusieron en ejecución:

2º Que se habían infringido asimismo las leyes 11 y 13, página veinticinco, Digesto *De actionibus empti et venditi*, y la doctrina desenvuelta en las sentencias de este Supremo Tribunal de 11 de Abril de 1864 y 16 de Noviembre de 1869, que consignan la obligación en el vendedor de consumar la venta ya perfeccionada y el derecho de comprador á exigirlo; puesto que D. José Rosés ejercitó la acción *empti* para que se condenara al Marqués de Palmerola á firmar á su favor la escritura de venta con todas sus consecuencias, resultando de apreciaciones y hechos probados de la misma sentencia que el contrato, no sólo estaba perfecto, sino en parte consumado y en vía de ejecución cuando menos, puesto que el apoderado del Marqués pasó los títulos de la finca al Letrado de los compradores, y en unión dicho apoderado con Rosés redactaron, firmaron y enviaron á los dóminos enfitéuticos esquelas para obtener la gracia de una parte del laudemio; y siendo el objeto de la acción *empti* obtener la completa consumación de una venta perfecta y en vías de ejecución, y procediendo con arreglo á las leyes citadas, siempre que el vendedor se resista á realizar los actos jurídicos que completen la consumación del contrato, el fallo las infringía negando á Rosés el derecho de ejercitar la acción mencionada:

3º Que se había incurrido en el error de hecho á que se refiere el número 7º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil al apreciar la escritura de traspaso de la casa en cuestión que firmó el apoderado del Marqués de Palmerola como contrato de compraventa consumado; puesto que no resultaba que tal contrato hubiera existido, no habiéndose convenido en la cosa ni en el precio, puesto que el mismo apoderado del Marqués consignó en el pleito que no celebró trato alguno con D. Eusebio Güell ni entendió hacer esa escritura de venta, sino llevar á efecto un retracto nacido de la fadiga cedida á D. Eusebio Güell, apareciendo esto mismo en el requerimiento de 12 de Setiembre, de la misma escritura del día 14 y de la carta que después de firmada en el mismo día dirigió el apoderado del Marqués á Rosés, de cuyos documentos resultaba con absoluta evidencia que no existió contrato ni consentimiento en cosa y precio, sino uso de un derecho de retraer, de-

clarado originariamente nulo por la Sala, infringiéndose al estimarlo como acto de compraventa la ley 1ª Digesto *De contrahenda emptione*, y la doctrina desenvuelta acerca del particular en las sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1854, 14 de Julio de 1860 y 11 de Abril y 30 de Junio de 1864:

4° Que se habían infringido las leyes 31 Digesto *De adquirendo rerum dominio*; 2ª Digesto *De conditione causa*; 1ª, 2ª, 3ª y 4ª Digesto *De conditione sine causa*; 54, 2ª, párrafo primero, Digesto *De conditione indebiti*, y la doctrina de la sentencia de 31 de Octubre de 1865, que declara contrarios á la ley los contratos celebrados con falsa causa; toda vez que la sentencia reconocía la nulidad de la causa que dió origen á la escritura y sin embargo la estimaba válida y eficaz, resultando defecto de consentimiento, puesto que medió error, habiéndose ejercitado un retracto y suscrito la escritura de venta á Güell el apoderado del Marqués en el supuesto de que eran varias las cesiones de fadiga y el retracto declarados originariamente nulos por la misma Sala:

5° Que se habían infringido asimismo las leyes 9ª, párrafo quinto, y 21, párrafo segundo, *De adquiriendo rerum dominio*, y 62 Digesto *De evictionibus*, según las que, estando la cosa en poder del comprador por arriendo, depósito ú otra causa, éste en seguida de perfeccionado el contrato y sin necesidad de tradición se hacía dueño de la misma, sin que fuera obstáculo para ello el no pago del precio, puesto que se convino en la forma y momento del pago y no medió morosidad por parte de los compradores:

6° Que también se había infringido la ley 50, tít. 5°, Partida 6ª, relativa á la doble venta, que constituía el apoyo y exclusivo fundamento de la sentencia recurrida; puesto que para aplicar legítimamente esa ley era preciso que existieran dos ventas igualmente perfeccionadas, faltando á una de ellas tan sólo la consumación con la entrega de la cosa y el pago del precio, y en el caso actual faltaba en absoluto al contrato que utilizaba Güell las condiciones de tal venta, no habiendo conformidad en la cosa ni en el precio, sino al ejercicio de un derecho supuesto de retracto y el allanamiento presuroso de los que habian intimado y evidentemente deseaba sustraer de Rosés la casa en cuestión, y faltaba además la buena fe en el que se titulaba segundo comprador, puesto que le era perfectamente conocida la escritura de una venta anterior, perfeccionada y en vías de ejecución, que era preciso haber empezado por declarar nula antes de pasar á constituir ningún otro vínculo sobre la cosa vendida, siendo este caso verdaderamente excepcional en ese punto, puesto que en el pacto 9° de la escritura de arriendo, inscrita en el Registro, existía el compromiso terminante de no vender á ninguna otra persona mientras Rosés no renunciara á su derecho de compra privativa;

Y 7° Que por último se había infringido el tít. 13 de la ley de Enjuiciamiento civil, aun en el supuesto de que se hubiera podido ejercitar por D. Eusebio Güell el derecho de retracto; puesto que debió, con arreglo á los artículos de este título, formularse la acción en los términos allí prevenidos, dirigida contra Rosés, que aparecía como adquirente, siendo esa infracción de carácter verdaderamente sustantivo, puesto que se refería al ejercicio de un derecho que tenia evidentemente esa condición:

Resultando que la viuda y sucesores de D. José Masriera interpusieron recurso de casación por haberse infringido en su concepto:

1º Las sentencias de 31 de Diciembre de 1857, 19 de Abril de 1859, 17 de Marzo de 1863, 19 de Mayo de 1864 y 11 de Abril de 1865, según las cuales la voluntad de los contrayentes es la ley del contrato, y el contrato se viola no dando á sus cláusulas el valor é inteligencia que le dieron los contratantes, y la sentencia que contraría lo convenido infringe la ley 1ª, tít. 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación; las leyes 23 y 24 del Digesto *De regulis juris*, y la 1ª, párrafo primero, del Digesto *De pactis*, que erigen en ley la voluntad de los contratantes, en cuanto la sentencia recurrida confundía la privativa de compradores, que se estipuló así expresamente ser concedida en el arrendamiento entre el apoderado del Marqués y Rosés y Masriera con el derecho de retrato, tal como organizaba su ejercicio la ley de Enjuiciamiento civil:

2º Las leyes 11 y 13, párrafo vigésimoquinto, Digesto *De actioni empti et venditi*, la doctrina de las sentencias de este Supremo Tribunal de 11 de Abril de 1864 y 16 de Noviembre de 1869, que dan derecho al comprador para exigir el cumplimiento y consumación de la venta perfeccionada por el consentimiento; en cuanto la sentencia negaba eficacia á tal derecho y á aquella acción en cuanto á la venta, no sólo perfeccionada con Rosés y Masriera sino en parte consumada y puesta en vía de ejecución con la entrega de los títulos al Letrado para su reconocimiento:

3º El párrafo de orden del título *De emptione et venditione* de las Instituciones de Justiniano; la ley 1ª, Digesto *De contractu empti*; la ley 1ª, párrafo tercero, Digesto *De pactis*, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 30 de Junio de 1854, 14 de Junio de 1860, 11 de Abril, 30 de Junio y 13 de Octubre de 1864, y 13 y 14 de Diciembre de 1861, según las cuales el contrato de compraventa se perfecciona por el consentimiento y es puramente accidental el otorgamiento de escritura á la cual debe preceder la concurrencia ó el acto esencial en que convienen en la cosa y precio de los contratantes; en cuanto la sentencia recurrida suponía ser contrato consumado de compraventa el que no llegó á perfeccionarse, pues sin previa convención se otorgó entre el apoderado del Marqués y Güell una escritura de retracto y no de compraventa:

4º Las leyes 31 Digesto *De adquirendo rerum dominio*: 2ª Digesto *De conditione causa data causa non secuta*; 1ª, 2ª, 3ª y 4ª, Digesto *De conditione sine causa*; 1ª Digesto *De conditione ob turpem causa*; doctrina de las leyes 54, 2ª, párrafo primero, Digesto *De conditione indebiti*, del Código y de la sentencia de este Supremo Tribunal de 31 de Octubre de 1865, según las cuales es insubsistente á título de mera tradición la venta sin antes perfeccionarse por convenio con justa causa, y no solamente se invalidaba, sino procedía restitución en el contrato fundado en causa falsa é imaginaria; en cuanto la sentencia recurrida, reconociendo la nulidad de la causa que dió lugar á la escritura, daba sin embargo validez á ésta, suponiendo que no concurrió causa que anulase el contrato, siendo así que, como fundado en error, faltó la circunstancia esencial é indispensable del consentimiento:

5º Las leyes 3ª y 57, tít. 5º, Partida 5ª, y 7ª Código *De his quæ vinctus causa*, según las cuales no es permitido usar de razones engañosas y aun de fuerza y premio; en cuanto la sentencia recurrida declaraba válida la escritura que se otorgó por el apoderado del Marqués, á quien de aquella manera se movió á faltar á la consumación de un contrato:

6° La ley 114, tít. 18, Partida 3ª, que habla de la fuerza probatoria de los documentos, y las consiguientes sentencias del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1854 y 18 de Marzo de 1865; las leyes 7ª Digesto *De dolo*, y 5ª Código *De rescindenda venditione*, y doctrina establecida en las sentencias de 20 de Mayo de 1864, 24 de Setiembre de 1867 y 11 de Enero de 1869, según las cuales el dolo que da causa al contrato lo anula; en cuanto la sentencia recurrida para anular por dolo la escritura otorgada entre el apoderado del Marqués y Güell negaba eficacia á la prueba que se había suministrado de la existencia del dolo, incurriendo en error de derecho y aun de hecho, porque tal existencia resultaba de actos auténticos y documentos:

7° Las leyes 3ª del Código *De obligationibus*; 2ª Digesto *De actionibus empti et venditi*; 3ª Código *De rescindenda venditione*, que establecen que una vez perfeccionada la venta no puede uno de los contratantes dejar de cumplir el contrato ni aun por rescripto imperial ó relevación del Fisco, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 27 de Mayo de 1856, 19 de Diciembre de 1861 y 11 de Abril de 1864, que sancionan la obligación que perfeccionado el contrato tiene el vendedor de otorgar la escritura de venta á favor del comprador; en cuanto la sentencia recurrida no condenaba al Marqués á otorgar la escritura de la venta á Rosés, siendo así que el contrato estaba perfeccionado y aun consumado, pues pasó á ser como de dueño la ocupación de la casa en que hasta entonces estaba como inquilino, supliéndose la tradición, conforme á la ley 9ª, párrafo quinto, del Digesto *De adquirendo rerum dominio*, y la 47, tít. 28 de la Partida 3ª:

8° Las leyes 3ª Código *De pactis inter emptorem et venditorem*, y 46, tít. 28 de la Partida 3ª, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 14 de Diciembre de 1861, 30 de Junio de 1868 y 1° de Abril de 1874, según las cuales no cabe suponer falta de cumplimiento ni morosidad por parte del comprador cuando no hubiese vencido el plazo, puesto que la entrega del precio, y existiendo pacto especial relativamente á su pago, debía estarse á lo convenido; en cuanto la sentencia recurrida desconocía que pudiera trasmitirse, y en su caso se trasmitió por la tradición *brevi manu* entre el Marqués vendedor y los compradores Rosés y Masriera, que ocupaban ya como arrendatarios la mayor y mejor parte de la casa, y consideraba como obstáculo el no haberse hecho la entrega del precio, siendo así que por expresa cláusula de lo convenido entre el vendedor y D. Antonio López, aceptado por el Marqués primitivamente como comprador, y la carta de ajuste de 23 de Julio de 1874, la entrega estaba aplazada, como que del precio de los 100.000 duros el comprador debía retener 74.000 para extinguir varios créditos hipotecarios que gravaban la finca, y la restante cantidad se había de pagar en el acto de firmar la escritura de venta;

Y 9° Las leyes 50, tít. 5°, Partida 5ª; 9ª, párrafo cuarto, Digesto *De Publiciana in rem actione*; 31 Digesto *De actionibus empti et venditi*, y 15 Código *De reivindicatione*, según las cuales de dos ventas, una solamente perfeccionada y otra consumada, ésta y no aquélla era la que debía subsistir; en cuanto la sentencia recurrida hacía aplicación de estas disposiciones en beneficio de la escritura otorgada entre el apoderado del Marqués y Güell que no era de venta perfeccionada, y en perjuicio de la venta, no solamente perfeccionada, sino además consumada entre dicho apoderado y los compradores Rosés y Masriera:

Resultando, por último, que Doña María del Pilar de Chaves, Mar-

quesa viuda de Palmerola, en representación de sus hijos, herederos de su padre el Marqués de dicho título, interpuso recurso de casación, alegando como fundamento de él:

1° Que la sentencia recurrida contenía error de hecho en la apreciación de las pruebas que resultaban de documentos ó actos auténticos, y de consiguiente había incurrido en el caso previsto en el núm. 7° del art. 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que establecía que de la correspondencia que medió entre el apoderado del Marqués y Rosés y Masriera resultaba la existencia de un contrato de venta perfeccionado, siendo así que sólo aparecía de ella la conformidad entre aquéllos en que Rosés y Masriera hicieran uso del derecho de privativa que les confería el pacto 9° de la escritura de arrendamiento, derecho que dió Rosés por renunciado durante el curso del juicio, no siendo menos manifiesto el error que resultaba de atribuir por dicha correspondencia á D. José Rosés el carácter de primer comprador, cuando por ella participó el apoderado del Marqués á Rosés y Masriera el contrato de venta perfeccionado con D. Antonio López, y la consecuencia de la ratificación de este contrato fué que D. José Rosés dijo que quería hacer y hacía uso del derecho de prelación ó privativa de comprador de la casa; de lo que se infería que en el supuesto de no ser erróneo el concepto expresado en primer lugar, nunca tendría Rosé el carácter de primero, sino de segundo comprador:

2° Que la sentencia contenía aplicación indebida de la ley 50, tít. 5° de la Partida 5ª, y en su consecuencia había incurrido en el caso 1° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues prescindiendo de que aquella ley no era aplicable en Cataluña, porque á falta del derecho municipal y canónico lo era el romano, según la ley única, tít. 30, libro 1°, volumen 1° de las Constituciones de Cataluña, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 21 de Marzo de 1867, 9 de Junio de 1874, 11 de Marzo y 19 de Mayo de 1876, que habían sido igualmente infringidas en el supuesto de aplicar una ley en el antiguo Principado no vigente, aun en la negada hipótesis de que lo fuese, resultaba que para que según lo preceptuado en dicha ley de Partida «el vendedor que había vendido la cosa dos veces á dos homes en tiempos departidos tuviera obligación de abonar los daños y menoscabos, era preciso que, ó bien hubiera entregado la cosa al segundo vendedor en perjuicio del primero, ó bien que la segunda venta hubiera sido hecha engañosamente,» lo cual no podía tener aplicación al caso de autos, porque ni Rosés y Masriera eran primeros compradores, ni el ajuste que se decía celebrado con ellos pudo ser hecho engañosamente, teniendo como tenía perfecto conocimiento del primero á favor de D. Antonio López, causante de Güell, al escribir la carta de 27 de Julio de 1874, no siendo menos digno de citarse que la venta hecha á Güell por el Marqués de Palmerola fué más forzosa que voluntaria, puesto que se efectuó bajo la persuasión del perfecto derecho que aquél tenía á exigirle como repuesto en el de los dominios de la finca;

Y 3° Que se había infringido la doctrina legal que este Tribunal Supremo tenía establecida en las sentencias de 8 de Febrero de 1861, 22 de Enero y 22 de Marzo de 1875, 12 de Octubre de 1877 y 22 de Febrero de 1878, que es condición esencial para la reclamación de perjuicios el probar su existencia y cuantía, y que no son aplicables las doctrinas sobre abono de daños cuando no se justifica la existencia de los mismos; pues la sentencia recurrida condenaba á los sucesores del

Marqués de Palmerola á la indemnización de perjuicios á favor de Don José Rosés por un concepto distinto del que se expresó en la demanda, sin haberlos detallado el actor más que en parte y sin haberlos justificado ni tratado de justificar:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas:

Considerando que la sentencia infringe las leyes y doctrinas invocadas en los motivos 2° y 4° del recurso de Rosés, así como las disposiciones que en igual sentido contiene el de la viuda é hijos de Masriera, porque habiendo aceptado aquél la compra de la finca por el tanto, se realizó el contrato irrevocablemente por el mutuo consentimiento de la cosa y en el precio, y ha ejercitado con derecho la acción entablada, sin que á ésta pueda oponerse la venta posterior hecha á favor de Güell, que carece de toda fuerza por haberla servido de título la cesión ineficaz, declarada nula ejecutoriamente, de un derecho personalísimo, resultando de aquí que no se trata del conflicto de dos verdaderas convenciones, sino de una válida preexistente enfrente de otra esencialmente nula:

Considerando que la misma sentencia aplica indebidamente la ley citada en el segundo motivo expuesto por la viuda y herederos del Marqués de Palmerola, é infringe la doctrina invocada en el tercero, porque aquélla no rige en Cataluña, ni en su caso tiene lugar su aplicación, no resultando que el expresado Marqués hubiera procedido engañosamente, y porque la Sala sentenciadora reconoce que no hay justificación alguna de perjuicios;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar á los recursos de casacion interpuestos por D. José Rosés y Ricart, la viuda y sucesores de D. José Masriera, y Doña María del Pilar de Chaves, Marquesa viuda de Palmerola, en representación de sus hijos, herederos de su padre el Marqués de dicho título, y en su consecuencia casamos y anulamos la sentencia que en 7 de Julio de 1882 dictó la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Barcelona en los extremos que son objeto de los mencionados recursos.—(Sentencia publicada el 31 de Diciembre de 1883, é inserta en la *Gaceta* de 30 de Marzo de 1884.)

FIN DEL TOMO CINCUENTA Y TRES.

INDICE

DE LAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO,

en recursos de nulidad, casacion civil é injusticia notoria y en materia de competencias correspondientes al cuarto trimestre de 1883

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

NÚMEROS. PÁGINAS.

FIN DEL ÍNDICE CRONOLÓGICO

REPERTORIO ALFABÉTICO

DE LAS

CUESTIONES Y PUNTOS DE DERECHO

RESUELTOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SENTENCIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO (1).

A

---

(1) Explicación de las abreviaturas de este Repertorio.—*V.*, quiere decir *Véase*; *Comp.*, sentencia dictada en decision sobre *competencia*; *C.*, en recurso de *casacion*; *C. de H.* en recurso de *casacion* en materia de la jurisdiccion *de Hacienda*; *C. de U.*, en recurso de *casacion* en asunto *de Ultramar*; *Nul.*, en recurso de *nulidad*; *Nul. de I.*, en recurso de *nulidad* en materia *de imprenta*; *Apel. en C.*, sentencia dictada en *apelacion por denegarse la admision del recurso de casacion*; *Apel. en Nul.*, en *apelacion* por no admitirse el recurso *de nulidad*; *Inj. not.*, sentencia en *recurso de injusticia notoria*; *Cuest. p. en C.*, *cuestion previa* sobre admision del recurso de *casacion*.—A continuacion de la cuestion ó punto de derecho que se resuelve, se ponen el número que la sentencia lleva en el tomo, la fecha de la resolucion y la página donde se encuentra.

PÁGINAS.

PÁGINAS.

ciones, calificaciones gratuítas y la poca exactitud con que se produjeron los numerosos testigos presentados por el recurrente y las afirmaciones de los Facultativos que antes de la fecha del testamento habían asistido al testador, y de otra el mismo testamento, al que no se objetan «falsedades ó menguas» que lo invaliden, y los diversos instrumentos públicos que el pretendido loco otorgó durante aquella época, suscribiendo alguno de ellos y siendo parte en otro uno de los demandantes tres días después de la fecha del otorgamiento de aquél, establecía la capacidad legal en cuanto al estado de la razón del testador que debe suponerse en principio, y resulta además justificada en aquella ocasión: esta apreciación de la Sala sólo puede impugnarse útilmente, para los efectos de la casación, por error de derecho que consista en la infracción de leyes ó doctrinas de jurisprudencia destinadas especialmente á dar reglas para la apreciación de las pruebas, ó por error de hecho que resulte de documento ó acto auténticos que demuestren la evidente equivocación del juzgador; y no es admisible la impugnación del recurrente que se funda en supuestos contrarios al resultado de autos consignado por la Sala sentenciadora como base del fallo recurrido y cuyos razonamientos que tienden á destruir los considerandos del mismo fallo contra los cuales, como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, no se dá recurso de casación (*C.*, número 387.—31 de Diciembre de 1883)........................ 524

—— Bajo tales supuestos, la sentencia no infringe la ley 13, título 1°, Partida 6ª, porque no da validez al testamento en razón á no haberse probado que no testó en un intervalo de lucidez, sino porque consta que al testar se hallaba en pleno uso de sus facultades intelectuales que conservaba á pesar de sus quebrantos de salud aun después del otorgamiento, ni el principio inconcuso de Medicina legal de que todas las enajenaciones mentales son habituales en el concepto jurídico de esta palabra, á excepción de las procedentes de un estado patológico intermitente en que se manifiesta la locura como sintomática, y el no menos inconcuso de que la demencia por agotamiento de facultades no puede tener intervalos lúcidos; el principio de derecho sancionado por la ley 2ª, tít. 14, Partida 3ª, de que las excepciones afirmativas deben probarse por quien las alega; el principio establecido en el art. 578 de la ley de Enjuiciamiento civil de que todos los hechos son susceptibles de justificación por todos los medios de prueba que la ley admite; el confirmado por el núm 7° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil de que el resultado de las pruebas no debe alterarse en la sentencia; el de que la prueba testifical y pericial que no vienen al pleito con citación de la otra parte y que no se practica ante el Juzgado, ni con juramento, no son eficaces ni pueden apreciarse en la sentencia, y el de que los actos propios de un litigante no puedan dañar á sus colitigantes: alegados con mayor ó menor pertinencia (*C.*, número 387.—31 de Diciembre de 1883)..................... 524

fijado el capital de nueve millones de pesetas, diferente del que aquéllas tenían, y acordado que estuviese representado por determinado número de acciones que se repartirían en proporción á los valores que cada una de las dos Compañías aportase para la formación del activo, es evidente que desde 1º de Julio de dicho año en que semejantes hechos tuvieron lugar por voluntad de los accionistas de La Unión y El Fénix Español, se constituyó una nueva Sociedad, como lo demuestra su mismo nombre, que corresponde á una sola entidad jurídica, y de ningún modo á dos (*C.*, núm. 386.—31 de Diciembre de 1883).. 518

—— A mayor abundamiento las cláusulas 7ª y 15 del convenio, en las que literalmente se establece que con sus respectivas carteras de seguros contra incendios, seguros marítimos y sobre la vida y con su material útil concurren las dos Compañías á formar un solo activo social, y que es de cuenta de la Compañía reunida tanto las primas que vencieran desde la hora designada en la cláusula 1ª, como la liquidación y pago de los siniestros que ocurriesen, no permiten dudar de que en el citado día 1º de Julio por la fusión de La Unión y El Fénix Español nació la sociedad que existe hoy, sin que pueda desvirtuarse la fuerza legal de este hecho ni por el idéntico objeto de la especulación, ni por la continuación de distintos delegados ó representantes, ni por ninguna otra circunstancia de carácter administrativo ó económico, porque todo tiene que referirse á las operaciones de seguros de incendios y marítimos que las antiguas Compañías verificasen con anterioridad á la mencionada fecha, puesto que las posteriores á ella se realizan exclusivamente según el convenio, por cuenta, cargo y riesgo de la nueva Sociedad (*C.*, núm. 356.—31 de Diciembre de 18×3).. 518

—— Por consecuencia de lo expuesto, ha existido verdadera novación, y hay disparidad entre el presente caso y el resuelto por la sentencia de 30 de Diciembre de 1882 que decidió el recurso interpuesto contra una sentencia que se fundó principalmente en la cláusula 19 del convenio, por la cual se comprometieron terminantemente los accionistas de La Unión á seguir siendo responsbles del cumplimiento de las pólizas vigentes desde 1º de Julio hasta la espiración de las mismas para con aquellos asegurados que no aceptasen la sustitución de personalidad y garantía de la nueva razón social (*C.*, número 386.—31 de Diciembre de 1883).................... 518

—— No siendo aplicable dicha cláusula á El Fénix Español, cuyos accionistas no han contraído igual obligación respecto de los asegurados que no se conformasen con el convenio, y no habiendo aceptado expresa ni tácitamente el recurrente. la subrogación de la nueva Compañía en lugar de la de *El Fenix Español*, con la que él había contratado, tiene derecho á obtener la rescisión de su contrato desde 1º de Julio de 1879 y el reintegro de las cantidades que después de esta fecha se le han exigido por razón del seguro (*C.*, núm. 386.—31 de Diciembre de 1883).. 518

PÁGINAS.

PÁGINAS.

PÁGINAS.

PÁGINAS.

—— No se infringe la ley 114, tít. 18 de la misma Partida, si la Sala sentenciadora no niega la autenticidad de los documentos presentados, sino que los estima insuficientes para acreditar el derecho de los interesados (*C.*, núm. 335.—20 de Noviembre de 1883).. 288

—— No infringe el principio *pacta sunt servanda*, ley 1ª, título 1º, libro 10 de la Novísima Recopilación y la 114, tít. 18 de la Partida 3ª, la sentencia que no desconoce la autoridad de una escritura, sino que por no haber intervenido en ella la representación del demandante niega á dicho instrumento público eficacia legal para legitimar la acción deducida por él, entre el cual y el demandado no existe vínculo alguno de derecho en razón de lo estipulado por éste y su hermano (*C.*, número 354.—6 de Diciembre de 1883)...................... 345

—— Por la misma razón no son de estimar los motivos en que se alegan como infringidas la ley 15, tít. 14 de la Partida 5ª; la 11, tít. 12 de la misma Partida; la ley 119, tít. 18 de la Partida 3ª, y las doctrinas según las cuales el instrumento privado reconocido por la parte á quien se opone hace fe en juicio contra el que lo suscribió, sus herederos y causahabientes, mas no debe perjudicar á un tercero que ninguna intervención tuvo en el mismo: y que si bien todo documento privado escrito por el mismo que en él se obliga con intervención de testigos tiene fuerza legal, ésta no pueda ser aplicable al caso en que el que lo firme resulte en él favorecido; cuyo razonamiento, á más de referirse á los considerandos del fallo, lo que no puede servir de fundamento legal para la casación según tiene declarado reiteradamente el Tribunal, descansa en el equivocado concepto de que en virtud del contrato celebrado entre el demandado y su hermano, adquirió el demandante el derecho que pretende hacer valer, sin embargo de haber sido extraño á aquella convención (*C.*, núm. 354.—6 de Diciembre de 1883).. 345

—— V. *Dominio.*

Documento privado.—V. *Documento* y *Retracto.*

Dominio.—Si la Sala sentenciadora no ha desconocido la autenticidad de una escritura de venta, sino que apreciándola en su verdadero valor y sentido, y en relación con los demás documentos y medios probatorios utilizados en el juicio, ha reputado que aquélla no tiene eficacia para el objeto que el demandado se propuso de probar su mejor derecho sobre el terreno en cuestión, aunque la tenga para otros efectos; no infringe la ley 114, tít. 18, Partida 3ª; los artículos 279 al 81 de la ley de Enjuiciamiento civil, y las doctrinas que establecen que la escritura de compraventa con la posesión de bienes tomada por el comprador constituye un título perfecto de dominio en ellos; que la información posesoria que sirvió para la inscripción de unos bienes en el Registro de la propiedad es suficiente título de dominio mientras no se presente otro más

PÁGINAS.

F

PÁGINAS.

L

PÁGINAS.

PÁGINAS.

R

—— Si las partes no convinieron en que la venta quedara en proyecto, sino que, por el contrario, la realizaron desde luego con la entrega de la cosa y precio, sin perjuicio de formalizar más adelante aquel documento; y la Sala sentenciadora apreció, en uso de sus facultades, que el papel privado, presentado, contiene una declaración simulada, sin que contra esta apreciación se haya expuesto infracción de ninguna clase: la sentencia que declara haber lugar al retracto, no infringe las leyes 6ª, tít. 5º, Partida 6ª, y 114, tít. 18, Partida 3ª (*C.*, número 284.—11 de Octubre de 1883)........................ 93

—— Tampoco infringe las disposiciones contenidas en el artículo 1618, núm. 8º de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, y en las leyes 1ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, y 13, tít. 10, libro 3º del Fuero Real, ni la doctrina del Tribunal Supremo, según la que el derecho de retracto nace desde el momento de otorgarse la escritura; porque la escritura pública no es necesaria para la existencia del contrato de compra venta, y porque si la ley de Enjuiciamiento civil establece que se compute el término desde el otorgamiento de aquélla, salvo el caso de ocultarse maliciosamente la convención, se sigue necesariamente que cuando se trata de un papel privado y clandestino pueden los Tribunales apreciar con mayor facilidad que el retrayente no ha tenido conocimiento de ello hasta después de los nueve días, apreciación á que hay que estar si contra ella no se ha alegado infracción de ninguna clase (*C.*, núm. 284.—11 de Octubre de 1883)............ 93

—— Tampoco infringe la ley 8ª, tít. 5º, Partida 5ª, la doctrina legal de que las obligaciones nunca se extienden á más que la voluntad demostrada de los contratantes, ó sea que nadie puede ser demandado sino en virtud de obligación que aparezca plenamente haber contraído, y la ley 5ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, ó sea la 71 de Toro; invocadas haciendo supuesto de la cuestión al negar la realidad de la cuarta parte correspondiente á un pariente del quinto grado, porque el retracto no podía extenderse á esa parte (*C.*, núm. 284.—11 de Octubre de 1883)........................ 93

—— Tampoco infringe las disposiciones de la ley 4ª, tít. 5º, Partida 5ª, y art. 2011 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, porque no se ha pretendido el retracto de la cuarta parte perteneciente á un menor de edad, á cuya venta se atribuyen faltas de solemnidad (*C.*, núm. 284.—11 de Octubre de 1883). 93

Riego.—No tiene aplicacion y no han podido ser infringidas las Reales órdenes de 5 de Abril de 1834 y 14 de Marzo de 1846 y Real decreto de 27 de Abril de 1860, aparte de que el recurso de casación en el fondo sólo procede por infracción de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, si los derechos á un riego que en la sentencia recurrida se reconocen al demandante traen su origen y legitimidad de una remota posesión á título oneroso anterior al año de 1821, contra la cual no aparece acto alguno de contradicción ni oposi-

PÁGINAS

regla 13, tít. 34, Partida 7ª, según la cual nadie puede ser privado de su propiedad sin su consentimiento, es inoportuna é improcedente cuando la demanda de tercería se propuso fuera de tiempo (*C. de U.*, núm. 278.—8 de Octubre de 1883). 76

—— Alegada la excepción de nulidad de la enajenación al contestar la demanda en que se apoye la tercería, y siendo ella objeto del debate planteado y de las pruebas practicadas, constituía la cuestión del pleito que debía resolverse en definitiva, sin reservarla para otro juicio, en el concepto de que el demandado al solicitar la absolución no pidió expresamente la declaración de nulidad del título en que se fundaba la tercería, puesto que eso era precisamente lo que se pretendía con la fórmula de la absolución, que es decisiva del punto litigioso en que se había fundado la defensa para combatir la acción propuesta por el demandante; y al no hacerlo así se infringen las leyes 2ª y 15, tít. 22, Partida 3ª y la doctrina declarada por el Tribunal Supremo, que manda dar juicio acabado y valedero absolviendo ó condenando al demandado; la ley 16, tít. 22, Partida 3ª; los artículos 61 y 62 de la de Enjuiciamiento civil, y la doctrina declarada en diferentes fallos del Supremo Tribunal, que establecen que las sentencias deben resolver y decidir las cuestiones debatidas en el pleito, y ser conformes y ajustadas, no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino también á los motivos en que se funde la demanda y las excepciones; la doctrina que consigna que la absolución de la demanda es resolutoria de todas las cuestiones suscitadas y debatidas en el pleito; y las que establecen que la doctrina relativa á que cuando la acción se funda en la nulidad de un acto ú obligación, debe pedirse separada ó juntamente con el reconocimiento del derecho que de aquélla se derive, pero siempre de un modo expreso y directo la declaración de dicha nulidad, no tiene aplicación cuando el objeto del debate ha sido la nulidad de la venta de unos bienes y recaído sobre este punto las pruebas suministradas por las partes; y que aquella doctrina debe entenderse respecto de la acción que emana directa é indirectamente del acto ó contrato que se trata de anular (*C.*, núm. 311.—6 de Noviembre de 1883).. 189

—— Es doctrina legal sancionada por la jurisprudencia que las tercerías de dominio no son admisibles después de otorgada la escritura ó consumada la venta de los bienes á que se refiera ó de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, quedando á salvo el derecho del tercero para deducirlo contra quien y como corresponda (*C. de U.*, núm. 278.—8 de Octubre de 1883).. 75

—— En tal concepto, y fundándose esencialmente la sentencia recurrida en el hecho confesado por la misma parte recurrente de haber deducido su demanda de tercería con posterioridad á la enajenación en pública subasta de los esclavos reclamados, con entrega de ellos al rematante, no tienen aplicación, y por lo tanto, no pueden decirse infringidas, la

ley 10, tít. 14, Partida 3ª, y las doctrinas del Tribunal Supremo que establecen que debe ser entregada al demandante la cosa que demuestre que poseyó su padre ó abuelo á quien hereda, que no es necesario presentar escritura de albalá de compra ó donadío para acreditar el dominio de los siervos, pudiendo utilizarse cualquier otro medio de prueba, por referirse al valor y eficacia de los títulos de dominio presentados por los litigantes, cuestión secundaria en el pleito como subordinada á la de procedencia ó improcedencia de la demanda por razón del tiempo en que se interpuso (*C. de U.*, número 278.—8 de Octubre de 1883).. 75

—— Con la declaración de no haber lugar á la tercería no han podido infringirse por la Sala sentenciadora la doctrina legal consignada en varios fallos del Supremo Tribunal, según la cual las demandas de tercería de dominio, como todas las de su clase, tienen una tramitación marcada por la ley de Enjuiciamiento civil; y conforme á lo dispuesto en los artículos 996 y 998 de la misma, deben suspenderse los procedimientos de apremio hasta tanto que aquélla se decida, previa la sustanciación correspondiente; el art. 226 de la ley de Enjuiciamiento civil, vigente en Cuba, en consonancia con los artículos 224 y 225, que únicamente autoriza á los Jueces para repeler de oficio las demandas no formuladas con claridad y que no se acomoden á las reglas establecidas en los artículos 224 y 225, estando obligado el Juez en todos los demás casos, por injusta y temeraria que parezca la demanda á conferir traslado de ella, según preceptivamente dispone el art. 227 de la misma ley; la doctrina legal de que nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio; los 119, 124, 147, é inciso 2º del 410 de la ley Hipotecaria; el 996 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba; la ley 1ª, tít. 13, Partida 5ª, la 19, tít. 22 de la Partida 3ª, y la del contrato: si tanto en los razonamientos del fallo como en su parte resolutiva, se establece expresamente el hecho de no haberse admitido la apelación respecto de aquel punto, y la consiguiente necesidad de limitarse á proveer en cuanto al otro extremo de la suspensión del pago (*C. de U.*, núm. 312.—6 de Noviembre de 1883).. 199

—— Tampoco sobre este punto han podido infringirse las indicadas leyes y doctrinas, porque con la declaración de no haber lugar á la tercería de dominio era forzoso que coexistiera la de no haberle á la suspensión del procedimiento ejecutivo (*C. de U.*, núm. 312.—6 de Noviembre de 1883)...... 199

—— Si la Sala sentenciadora, apreciando el valor comparativo de las escrituras públicas que figuran en autos y las demás pruebas testificales, periciales y de confesión, ha consignado su convencimiento de que la casa en cuestión se compró por el ejecutado, si bien puso la escritura á nombre de su hijo con un fin determinado, hipotecándola no obstante después, vendiéndola á retro y ofreciéndola al embargo únicamente como de su propiedad sin la menor oposición del hijo, hoy

FIN DEL REPERTORIO ALFABÉTICO.

